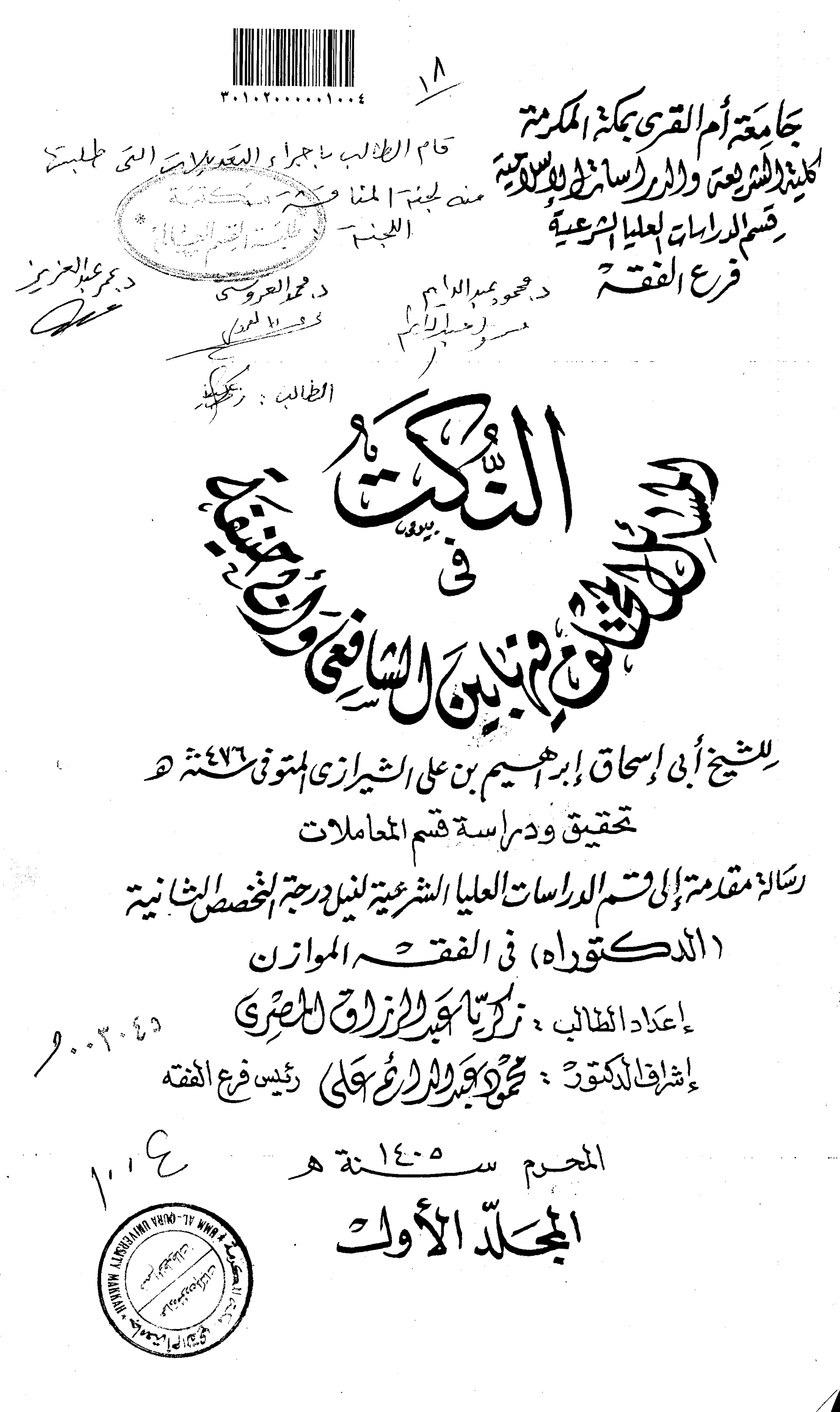


جامعة أم القرى بمكة المكرمة
كلية الشريعة والدراسات الإسلامية
قسم الدراسات العليا الشرعية
فرع الفقه

قام الطالب بإجراء التعديلات التي طلبت منه لجنة المناقشة
اللجنة

د. محمود عبد الدائم
د. محمد العروسي
د. عمر عبد العزيز

الطالب: زكريا

النكت في المسائل المختلف فيها بين الشافعي وأبي حنيفة

للشيخ أبي إسحاق إبراهيم بن علي الشيرازي المتوفى سنة ٤٧٦ هـ

تحقيق ودراسة قسم المعاملات

رسالة مقدمة إلى قسم الدراسات العليا الشرعية لنيل درجة التخصص الثانية
(الدكتوراه) في الفقه الموازن

إعداد الطالب: زكريا عبد الرزاق المصري

إشراف الدكتور: محمود عبد الدائم علي رئيس فرع الفقه

المحرم سنة ١٤٠٥ هـ

المجلد الأول

بسم الله الرحمن الرحيم

" اهم ملاحظات لجنة المناقشة على الرسالة "

- ترجمة الاشخاص . فقد اغفل بعضها الباحث .
- تعريف المصطلحات العلمية . " "
- زيادة الاهتمام بالاشارة الى المصدر ص ٤١ هـ ١ وص ٤٩٧ لم تشر فيه الى المصدر .
- التوضيح والتمثيل فقد تاتي بمصطلحات ولا تعرف بها كالقطعي والظني .
- نقل النصوص دون التعليق عليها احيانا ، كما في ص ٦٠ س ١٣
- التكرار . في قصة : انت بلدي حيث ذكرتها مرتين يكتفى بالاشارة الى مكانها الاول
- الاشارة الى السقط في الهامش لا حاجة الى ذكر الجملة كاملة للاشارة الى انها ساقطة فينبغي ان يجعل السقط بين قوسين وتشير في الهامش الى ان ما بين القوسين ساقط
- مرجع الضمير اذا كان واضحا فلا حاجة الى بيانه .
- توضيح القياس في اماكن كثيرة يمكن الاستغناء عن توضيح الواضح منها .
- ص ١٨٤ س ٥ الى س ٧ : والتعريفان متقاربان عند عبارة وفي الاصطلاح هو علم باحث . . . الخ . قلت : وان كان الاول اوسع عبارة ولم تبين وجه التقارب وقولك : اوسع عبارة لا تصلح لان التعاريف يلتزم فيها بعبارات محددة والحقيقة ان تعريف ابن خلدون اشمل لانه كلما كثرت القيود ضاق المعنى ، فابن خلدون يرى ان كل من كتب في الخلاف وان لم يناقش الادلة فقد كتب في الخلاف .
- زيادة بيان ان الجدل منه حسن مطلوب ومنه باطل مرفوض . جـ ١٨٩ تتميماً للفائدة .
- ص ١٨٩ ما المراد بصور الادلة ومادتها .
- تقول : ان علم الجدل هو علم المناظرة مع ان الاخير للوصول الى الحق والاول لحفظ الرأى من النقد .
- ص ١٩٢ عبارة اخص منهما في س ٧ الصواب اخصهما .
- ص ٢٦٥ لم تعرف الاشتراك . ولا داعي للاحتجاج المذكور في القسم الاول .
- ٢٧١ ينبغي ذكر الخلاف في المجاز بين العلماء .
- تعريف التعقيد اللفظي والمعنوى من كتب البلاغة . ص ٣٥٨
- تعريف البيع عند الشافعي ص ١
- تحذف كلمة (وهو خطأ) من هامش ٦٠ ص ١٢
- تعليل تحريم الخمر بالاسم لا يكفي ويجب التعليق عليه كي لا يتخذ حجة في حل النبيذ ص ٨٦ هـ ٣٣
- اعكس القياس في هامش ٥٦ ص ١٧٦
- تحذف كلمة (لا) من اول هامش ٣ ص ٢٧٢
- يراجع هامش ٢١ ص ٢٧٥ فان فيه نظرا .

- ص ٧١ ذكرت ان بعض الحنابلة قد افضى بهم الامر الى القول بالتجسيم والحقيقة ان ابن الزاغوني وغيره من الحنابلة تاثروا بالباقلاني لمصاحبتهم له فانكروا ان يكون للامر صيغة . مثلا ، خوف ان يكون ذلك اعني اثبات صفة الكلام لله مغضيا الى التشبيه فليحرر النقل عن اولئك الحنابلة .
- يحذف الاستدراك في اول هامش ١ ص ٧١ . لان المقام لا يقتضيه .
- تعدل كلمة تعليلا سلفيا لتكون: تعليلا سليما . ص ٨٥
- ص ١٢٥ هـ ٢ ينظر كيفية التوفيق بينه وبين ما في صفحة ٧٣ هامش ٣ عند ما قلت: ويؤولون ما عداها . فان الاشاعرة لا ينكرون صفة الكلام بل يؤولونه بالنفسي .
- عنوان " المصطلحات الفقهية الحنفية" يحتاج الى تصحيح ليطابق المضمون . ص ٤٠٩
- في ترجمة سعيد بن المسيب: ما اذن المؤذن منذ ثلاثين سنة الا وانا في المسجد ..... الخ مبالغة . ص ٨
- في ص ٩١٩ قول الشيرازى : بازهاق الروح عند فعله . كان ينبغي التعليق عليها فان ازهاق الروح يحصل بالفعل لا عنده . لان للسبب تاثيرا في المسبب عند اهل السنة .


بسم الله الرحمن الرحيم
ربنا عليك توكلنا وإليك أنبنا وإليك المصير
وبه نستعين

"مَن لم يعرف الاختلاف لم يشم أنفه الفقه"

قتادة بن دعامه

"من لم يسمع الاختلاف فلا تعدّه عالمًا"

سعيد بن أبي عروبه

"لا ينبغي لأحدٍ أن يفتي الناس حتى يكون عالمًا
باختلاف النّاس ، فإنه إن لم يكن كذلك
ردّ من العلم مَا هو أوثق من الذي بين يديه"

عطاء بن أبي رباح

اهـــــداء

اهدى هذا الجهد المبارك والعمل الجاد ، الى والدى وحبيبى الذى مافتئ يشدني من ميادين اللهو والدعة ، الى ميدان الجـــــد والعمل ، فعشت فى كنفه محبا للعزم والحزم واهلهما ، مبغضا للهـــزل واللعب ومتعاطيهما ، فاحسست بالرجولة وانا يافع ، وبالكهولة وانا شـــاب فجزاه الله عني خير مايجزى والدا عن ولده ، وجعلني واياه من اهــــل السعادة فى الدنيا والاخرة .

شكر وتقدير

اتقدم بالشكر الجزيل لحكومة المملكة العربية السعودية متمثلة في شخص رئيس وزرائها جلالة الملك فهد بن عبد العزيز، ولجامعة ام القرى وعلى رأسها مديرها الدكتور راشد الراجح ولكلية الشريعة وفي مقدمة مسئوليها عميدها الدكتور علي عباس الحكمي، ولقسم الدراسات العليا مبتدئا بشخص رئيسه الشيخ السيد سابق، ولفرع الفقه بخاصة، ممثلا بشخص رئيسه المشرف على الرسالة الدكتور محمود عبد الدايم علي، لما بذلوه من جهود كبيرة في سبيل استمرار النهضة العلمية على اختلاف تخصصاتها ومجالاتها .

واكرر الشكر لسعادة المشرف على الرسالة لما خصني به من الرعاية والعناية، فقد فتح لي بيته في كل وقت، مما اطمعني في متابعة قراءة الرسالة عليه في بيته، حيث كنت اقرأ عليه كل يوم مابين ثلاث واربع ساعات يوميا بعد صلاة العشاء، وعلى مدى ثلاثة اشهر كاملة، بالاضافة الى ساعات الاشراف الرسمية، حتى اجتازت الرسالة مرحلة العرض الى مرحلة الطبع، ولقد كان واسع الصدر حليما، كثير البحث والتدقيق عليما، فقوم ماكان يقف عليه من اعوجاج في الرسالة، حتى خرجت على المناقشين الفاضلين بثوبها الذي هي فيه . فله مني جزيل الشكر والعرفان .

كما اشكر اخي وشقيقي المهندس يحيي المصرى الذي صرف معي في تصحيح الرسالة بعد طبعها جهدا كبيرا ووقتا طويلا .

واختم بالشكر العاطر للاستاذين المناقشين :

سعادة الاستاذ

سعادة الاستاذ

لتفضلهما بقبول مناقشة الرسالة، سائلا المولى سبحانه ان يسدد خطى الجميع، وان يجعلني ممن يستمعون القول فيتبعون احسنه، انه سميع مجيب وآخر دعوانا ان الحمد لله رب العالمين .

مقدمـــة الرسالـــــة

الحمد لله الذى خلق الانسان علمه البيان ، والصلاة والسلام على مـــن جعله الله هداية لبني الانسان ، وقدوة للانام، ففتح به الاعين بعد ان كانت مغلقة، وانار به القلوب بعد ان كانت مظلمة ، وهدى به العقول بعد ان كانت ضالة، ووحد به الصفوف بعد ان كانت متفرقة ، جاء والناس في غفلة عن اللـــه فارشدهم اليه ، وفي تنافر وتخالف وتدابر وتناحر، فحذرهم من ذلك ، ودعاهم الى التمسك بالكتاب والسنة ، وحضهم عليه ، فازال الله عنهم به الفرقـــة والف به بين قلوبهم (لو انفقت مافى الارض جميعا ما الفت بين قلوبهم ولكـــن الله الف بينهم) ثم وضع لهم قبل رحيله عنهم منهجا قويما ، للبقاء على وحـــدة الصف والكلمة ، فذكرهم في حجة الوداع بالاعتصام بكتاب الله تعالى وسنـــة رسوله صلى الله عليه وسلم، وحذرهم من التفرق في الدين ، واتباع سنـــة المغضوب عليهم والضالين ، الذين فرقوا دينهم وكانوا شيعا كل حزب بمـــا لديهم فرحون ، فاكمل الله به الدين واتم على المسلمين نعمته فكانوا معه يدا واحدة على من سواهم، ولكن المسلمين اختلفوا من بعده اختلافا كبيرا فشرق بعضهم وغرب البعض الاخر، ففي ميدان العقيدة برز الجهمية منكروا الاسمـــاء والصفات، والمعتزلة مثبتوا الاسماء دون الصفات، والاشاعرة الذين اثبتـــوا الاسماء وبعض الصفات واولوا البعض الاخر، ولو انهم ردوا ما اختلفوا فيه الـــى الله والرسول دون علم الكلام والمنطق لذهب عنهم ذلك الاختلاف، وهو مافعله السلف الصالح رضى الله عنهم الذين كانوا على ماعليه رسول الله صلى اللـــه عليه وسلم واصحابه .

وفي ميدان الشريعة اختلفوا في الاحكام الفقهية اختلافا كبيرا ، فاذا ببعضهم يحرم مايحله البعض الاخر، او يكره مايراه الاخر مستحبا .

ولكن اختلافهم هذا لم يكن عن هوى متبع واعجاب بالرأى وحب في المخالفة، بل كان لاسباب علمية بحتة ، لا يملك من اطلع عليها الا ان يعذرهم فيه ، بل ويكبرهم عليه ، ويقف على عظيم نعمة الله ورحمته بالمسلمين ، ان جعل بعض النصوص محتملة لاكثر من معنى وتأويل ، ليأخذ اناس بهذا المعنى او ذاك ، فربما نفعهم هذا الرأى دون غيره . وعلى الضد من ذلك يكون حال آخرين سواهم .

الا ان تعاقب القرون والبعد عن مشكاة النبوة ، حال دون بقاء الخلاف رحمة بينهم ، بل تحول بهم الى ان اصبح شقاء وفرقة وضعفا ، بتعصب كل فريق لامامهم وغمزهم لامام غيرهم ، فاوجدوا بذلك خللا في المجتمع الاسلامي دخل عليهم منه عدوهم ، فاساء اليهم اساءة لا زال يرزح تحتها الكثير من المسلمين الى اليوم .

وان الدراسة في كتب الخلاف واسبابه لكفيلة بالكشف عن مآخذ كل فريق على الفريق الاخر ، وادلتهم فيما ذهبوا اليه ، وعندئذ يمكن للباحث المنصف ان يتعرف على الراجح من المرجوح ، من تلك الاراء المتباينة ، فتضيق الشقة بين المذاهب ، ويلتئم الصف ليواصل المسلمون مسيرة الايمان بحول الله تعالى وقوته .

اختيار الموضوع واهميته :

من اجل ذلك رأيت ان يكون موضوع رسالتي لمرحلة الدكتوراه تحقيق كتاب في الخلاف بين الفقهاء .

وقد رأيت ان يكون كتاب : النكت في المسائل المختلف فيها بين الشافعي وابي حنيفة ، للشيخ ابي اسحاق ابراهيم بن علي الشيرازي المتوفى سنة ٤٧٦هـ ميدان بحثي ، ومحل دراستي ، ذلك لانني كنت قد قرأت بعضه في مركز البحث العلمي في الجامعة ابان اشتغالي بمكتبة المركز وفهرسة المخطوطات . فاعجبت به وتمنيت ان لو يرى هذا الكتاب النور بين يدي الباحثين والدارسين ، لما فيه من المميزات التي منها :

(١) تناوله كمية كبيرة من المسائل الفقهية المختلف فيها بين الشافعي وابي حنيفة حيث قد بلغت الفا وستمائة وعشرة مسائل في شتى ابواب الفقه .

(٢) جمعه بين الادلة العقلية والنقلية في المحاجة مع الخصم .

(٣) سرده للكثير من الادلة للمذهبين مما يعز وجوده مجتمعا في كتاب واحد من المذهبين .

(٤) لما في دراسته من الدربة على المحاجة وتربية الملكة الفقهية لدى الدارس فيه ، وذلك لا يتأتى الا بمعاناة دراسة كتب الخلاف بين المذاهب .

ولا شك ان معرفة ذلك والوقوف عليه مهم لبناء الشخصية الفقهية الواعية .

وقد قال قتادة : من لم يعرف الاختلاف لم يشم انفه الفقه .

وقال عطاء : لا ينبغي لاحد ان يفتي الناس حتى يكون عالما باختلاف

الناس، فانه ان لم يكن كذلك رد من العلم ماهو اوثق من الذى بين يديه. ا. هـ

بل قال سعيد بن ابى عروبة : من لم يسمع الاختلاف فلا تعده عالما. ا. هـ

ولذلك رأيت ان اتقدم الى قسم الدراسات العليا الشرعية فى الجامعة بطلب الموافقة على الشروع فى تحقيق هذا الكتاب، فصدرت الموافقة[1] والحمد لله فكثفت البحث عن نسخ اخرى للكتاب، فلم اجد الا نسخة ناقصة الاول والاخرفى امريكا، حيث هى فى ثلاثة اجزاء، لا يوجد منها الا الثانى فقط، واخرى فى مدينة ليدن بهولندا، فطلبت الموافقة على السفر اليها[2]، فحصلت على الاولى وكانت الثانية مختصرا للكتاب وليست هى هو[3]، فقررت البدء فى التحقيق بالجزء الثانى[4]، لان الجزء الموجود فى النسخة التى فى المركز وهى من تركيا

---

(١) فى ٣٠/٢/١٤٠١هـ - وكان التحاقى بقسم الدراسات لتحضير الدكتوراه فى ٢١/٧/١٤٠٠هـ - بعد ان تقدمت بعدة موضوعات منها: العدوان على مادون النفس لكنه رفض من قبل بعض اعضاء مجلس القسم بصورة غير رسمية، بسبب ان طالبا فى الجامعة الاسلامية بالمدينة المنورة يكتب فى نفس الموضوع. ومنها :الضمان فى المسئولية المدنية والجنائية ولكنه رفض رسميا من قبل مجلس كلية الشريعة بعد موافقة مجلس فرع الفقه ومجلس قسم الدراسات العليا عليه.

(٢) فصدرت الموافقة يوم الاثنين ٦/٨/١٤٠١هـ فى المحضر الثامن والعشرين لمجلس كلية الشريعة، القرار رقم (٣).

(٣) انظر اوصافهما كاملة فى الفصل الثالث من الباب الثالث من قسم الدراسة وانظر الكلام فى نكت المسائل ايضا، فى مؤلفات الشيخ ابى اسحاق فى الباب الاول.

(٤) كان البدء بالتحقيق فى ٢٩/٢/١٤٠٢هـ، بعد ان كنت عقب الموافقة =

والتي سميتها الاصل موجود ايضا في نسخة امريكا والتي رمزت لها بالحرف (ب) وارسلت الى العديد من الجهات العلمية في الخارج استفسر عن بقية نسخ الكتاب، بعد ان بحثت في فهارس المخطوطات في الجامعات بمكة والمدينة والرياض، ولكن دون جدوى.

فبدأت التحقيق من اول الجزء الثاني والذي يبدأ بكتاب الحج وينتهي بالنكاح، ولكن بعد ان مضى على التحاقي بمرحلة الدكتوراه زهاء ثلاث سنوات[1] رأيتني لا استطيع متابعة تحقيق الكتاب كله[2]، حيث لم اتمكن خلالها من الانتهاء من الجزء الثاني وحده وانما وصلت فيه الى الاجارات فقط[3]، فكيف ببقية الاجزاء

= على الموضوع قد قمت بتكثيف البحث عن نسخ اخرى للكتاب، ثم قمت بنسخه، فوقع في ثلاثة آلاف وستمائة وخمس واربعين صفحة تحقيق بمعدل ثلث صفحة للمخطوط وثلثان للتعليق، ثم اخرجت الاحاديث والاعلام ورؤوس المسائل تمهيدا لتحقيقه بعد الحصول على النسخ الاخرى.

وكان الانتهاء من الرسالة في ٢٥/١٢/١٤٠٤هـ.

(١) والمدة المسموح بتقديم الرسالة خلالها للجامعة اربع سنوات.

(٢) يقع الكتاب في نسخة تركيا في ثلاثمائة وتسعة اوراق مع نقص نحو عشر اوراق في اوائله. ويقع الجزء الثاني في نسخة امريكا - ولا يوجد غيره - في ثمان وثلاثين ومائتي ورقة. فالنقص الذي في نسخة تركيا لم يجبره ماتحصلنا عليه من امريكا.

(٣) وكان مجموع ماتم تحقيقه الى الاجارات بناء على مافي الاصل هو تسع وستون ورقة، اى ثمان وثلاثين ومائة صفحة، وذلك ابتداء من الحج ورقة: سبع وتسعون، الى الاجارات، ورقة: ست وستون بعد المائة. =

فطلبت الموافقة على الاقتصار عليه[1]، خاصة وانني التزمت في التحقيق منهجا مكثفا كما سترى . ولما كان ماحققته : بعضه في العبادات وبعضه الاخر في المعاملات، قرر مجلس الكلية[2] مشكورا الموافقة على القيام بتحقيق قسم المعاملات فقط من الكتاب[3]، ليكون الموضوع وحدة متجانسة ، فقمت بتحقيقه والحمد لله ، ويشتمل قسم المعاملات في الكتاب على العناوين التالية :

البيوع، الربا ، الثمار ، القبض، الرد ، المرابحة ، اختلاف المتبايعين البيوع الفاسدة ، السلم، الرهن ، التفليس، الحجر، الصلح ، الحوالة ، الضمان الشركة ، القراض، المأذون ، الوكالة ، الاجارات، العارية ، الوديعة ، الغصب الشفعة ، احياء الموات، اللقطة ، اللقيط، الوقف، الهبة ، الوصايا ، العتق المدبر ، الكتابة ، امهات الاولاد .

ومجموع المسائل في هذه الابواب : اربع واربعمائة مسألة .

= وبناء على نسخة (ب) يكون المجموع الى الاجارات : سبع وخمسون ومائة ورقة اى اربع عشرة وثلاثمائة صفحة ، ابتداء من الحج ، ورقة : واحد الى الاجارات ورقة : سبع وخمسون ومائة .

(١) في ١/٤/١٤٠٣هـ .

(٢) في

(٣) ويقع في ثمان وستين ورقة من القطع الكبير اى ست وثلاثين ومائة صفحة بمعدل اثنين وثلاثين سطرا في كل صفحة . بناء على مافي الاصل وهي نسخة تركيا .

يعادل، ثلاثين ومائة ورقة اى ستون ومائتا صفحة بمعدل سبعة عشر سطرا في كل صفحة بناء على مافي نسخة (ب) وهي نسخة امريكا .

وقد اقتضى ذلك حذف ماكنت قد حققته من الكتاب قبل طلب الاختصار[1]

ويشمل العناوين التالية :

الحج ، التمتع ، الاحرام ، محظورات الاحرام ، الطواف ، الوقوف ، الرمى جزاء الصيد ، الاحصار ، الهدى ، الاضحية ، الصيد والذبائح ، الاطعمة النذور .

ومجموع مسائل هذه العناوين : ثلاث وسبعون ومائة مسألة . ولكننى لا شك سأستفيد منها فى المستقبل عندما اكمل تحقيق سائر الكتاب ان شاء الله تعالى ، لا سيما وقد نسخته كله واخرجت الاحاديث والاعلام ورؤوس المسائل للتخريج والتعريف والتوثيق .

لا اريد ان اذكر ماواجهت من المصاعب فى تحقيق الكتاب فذاك امر يعرفه من كابد التحقيق ومارسه ، وقديما قال الجاحظ : ولربما اراد مؤلف الكتاب ان يصلح تصحيفا او كلمة ساقطة فيكون انشاء عشر ورقات من حر اللفظ وشريف المعانى ايسر عليه من اتمام ذلك النقص حتى يرده الى موضعه من اتصال الكلام[2] . ا . هـ

---

(١) اى حذف ستين صفحة على مافى الاصل ، واربعا وثلاثين ومائة صفحة على مافى نسخة (ب) مما جرى تحقيقه .
وقد كان مجموع ماتم تحقيقه قبل الحذف : ثمان وتسعين ورقة ، بناء على نسخة الاصل ، اى ست وتسعون ومائة صفحة ، بينما كان مجموعه سبعا وتسعين ومائة ورقة بناء على نسخة (ب) اى اربعا وتسعين وثلاثمائة صفحة .

(٢) الحيوان (١ : ٧٩) .

هذا اذا كان الاصلاح من مؤلفه ، فكيف من غيره .

ولكنني بحمد الله وصلت ليلي بنهاري ، وبذلت من الجهود في اخراج الكتاب على نحو يرضى به العلماء ، ولا يقصي عن الاستفادة منه الطلاب ماستراه عند قراءته تفصيلا ، وسأوقفك الان على بعض تلك الجهود ، بادئا بالتعريف بعملي في المخطوط، ومثنيا ببيان المنهج الذي اتبعته في البحث، فاقول وبالله تعالى التوفيق :

اولا : عملي في المخطوط :

(١) بعد ان استقر الرأي على عدم وجود اكثر من نسختين لهذا المخطوط عمدت الى الموازنة بينهما ، ولما رأيت ان النسخة الكاملة عدا نحو عشرة اوراق هي الاصح لكونها مقابلة على المؤلف، اتخذتها اصلا في البحث ورمزت الى النسخة الاخرى بحرف (ب) .

(٢) قمت بوضع ارقام مسلسلة لجميع مسائل الكتاب، ثم اعدت التسلسل في القسم الذي جرى تحقيقه من جديد .

(٣) وضعت في نهاية كل مسألة رقم الورقة التي هي فيها من المخطوط واشرت الى جهة وجودها في الورقة ، فان كانت في الجهة اليمنى من الورقة رمزت لذلك بحرف (ى) ، وان كانت في اليسرى رمزت لها بحرف (ش) اى شمال .

(٤) جعلت لهوامش كل مسألة رقما مسلسلا مستقلا عن التي قبلها والتي بعدها ، ينتهي بنهاية المسألة .

(٥) جعلت لكل عنوان او باب من عناوين وابواب الكتاب مدخلا ، اعرف فيه القارئ بالمعنى اللغوى والاصطلاحى ودليل المشروعية من كتاب وسنة واجماع وقياس، ثم اذكر الشروط والاركان ليكون ذلك تمهيدا وتوطئة وتذكرة وعونا للقارئ على الدخول في ذلك الباب .

وانما اغفل المؤلف ذكر ذلك ، لانه الف كتابه للعلماء المنتهين وهم ليسوا في حاجة الى التعريف بتلك العناوين .

(٦) وضعت للمخطوط مقدمة ضافية ، تناولت فيها بالبحث حياة المؤلف وعلم الخلاف ودراسة الكتاب المخطوط، فجعلتها في ثلاثة ابواب :

اما الباب الاول : وهو في ترجمة الشيخ ابى اسحاق ، فيتكون من اربعة فصول :

الاول : في حياته الشخصية .

الثاني : في اخلاقه .

الثالث : في حياته العلمية .

الرابع : في وفاته .

واما الباب الثاني : وهو في علم الخلاف ، فيتكون من ستة فصول :

الاول : في التعريف بعلم الخلاف .

الثاني : في معرفة كيف دب الخلاف في الامة .

الثالث : في مجالات علم الخلاف .

الرابع : في بيان دور علم الخلاف في بناء شخصية الفقيه واثره في الحركة الفقهية .

الخامس : في اسباب الخلاف والمؤلفات فيه .

السادس : في مؤلفات علم الخلاف وعهود الاهتمام به عبر القرون .

واما الباب الثالث وهو دراسة الكتاب فيتكون من سبعة فصول :

الاول : في عنوان الكتاب ومعناه .

الثاني : في توثيقه .

الثالث : في نسخه .

الرابع : في شروحه .

الخامس : في وصفه .

السادس : في المصطلحات الفقهية الواردة فيه .

السابع : في المآخذ عليه .

ثانيا : منهجي في البحث .

(١) اقوم بمقابلة النسختين ، لاخراج النص الصحيح منهما واثباته وجعلت النسخة الكاملة هي الاصل ، لانها قرئت على المؤلف وقوبلت على اصله فقل فيها الخطأ والتصحيف والتحريف والسقط جدا ، فجعلتها في الصلب عدا كلمات يسيرة اثبتها في الصلب من النسخة الثانية ، نسخة (ب) واشرت الى ذلك في الهامش[(١)].

(٢) ولما كان الكتاب موضوعا لبحث المسائل المختلف فيها بين الشافعية والحنفية ، رأيت من المناسب ان اضيف اليهما المذاهب السنية الاخرى

---

(١) انظر في ذلك مثلا المسألة رقم (١) هامش (٦٠) .

اعنى المالكية والحنابلة وابن حزم، وانما لم اقل : الظاهرية، لان ابن حزم يخالفهم كثيرا ، ولم اجد لهم قولا فى كل مسألة من مسائل الفقه لا فى كتب الفقه المقارن ولا فى المحلى الذى هو الكتاب الوحيد الذى ضم عددا كبيرا من مسائلهم، فكان ان يشار الى اقواله دونهم اولى .

وقد راعيت عند الاشارة الى المذاهب الاخرى عود الضمير فى قولى : واليه ذهب الحنابلة او المالكية او ابن حزم مثلا الى رأس المسألة ، وليس الى ماقد يعرض من تفصيلات فى المذهب السابق عليه .

(٣) اوثق رؤوس المسائل بثلاثة كتب لكل مذهب من المذاهب الاربعة فى الغالب، فان الثلاثة اقل الجمع، ووثقت آراء ابن حزم بالمحلى فقط . .

ولم ارتض نقل قول لمذهب من كتب مذهب آخر، وان كانت كتب خلاف .

وقد راعيت فى مراجع كل مذهب ان تكون معتمدة عند اهله ، وبدأت فى المذهب الشافعى : بالمختصر للمزنى ثم الام واحيانا اعكس ذلك، ثم بالمنهاج وشروحه لمعرفة الاقوال او الاوجه . او الوجيز للغزالى وشرحه للرافعى ، وكذا المجموع للنووى .

وفى المذهب الحنفى : بدأت بالهداية ثم تبيين الحقائق ثم مجمع الانهر .

واما المذهب الحنبلى : فاعتمدت اولا : ذكر شرح منتهى الارادات، ثم كشاف القناع، ثم المغنى لابن قدامة لبيان الروايات المختلفة فى المذهب.

واما المالكية : فبدأت بالشرح الصغير مع حاشية بلغة السالك عليه او الكبير مع حاشية الدسوقى ، ثم جواهر الاكليل ثم شرح منح الجليل .

وانما اراعي هذا الترتيب غالبا فيما اذا وجدت المسألة في الكتب الثلاثة من كل مذهب،[1] والا لم التزم ذلك، بل اعمد في البحث عن تلك المسألة الى مراجع اخرى ايضا لذلك المذهب،[2] ولا التزمه ايضا اذا كان في المسألة خلاف في المذهب بل اقدم من يذكر الخلاف من تلك المراجع.[3]

(٤) كلما قال المؤلف اثناء الحجاج : وهذا لا يصح عندنا او لا يصح عندكم مثلا ، وثقته بمرجع من كتب المذهب الذى يشير اليه[4] .

(٥) كلما قال المؤلف اثناء الحجاج : وفى الامر الفلانى وجهان مثلا ، عمدت الى توثيق ذلك وبيان الاصح والصحيح منهما ، ومثل ذلك افعل فيما لو قال :قولان. فابين الاظهر والظاهر مع التوثيق[5] .

(٦) اذا ذكر المصنف الحكم فى المسألة واطلق ، قيدت ذلك ببيان محل ذلك الحكم ومحترزاته[6] .

(٧) غالبا مايذكر المؤلف الخلاف من غير ان يشير الى الراجح منها ، فاذكر ذلك ، كأن يقول : لايصح فى احد القولين. فاقول : وهو الاظهر مثلا.[7]

---

(١) انظر مثالا على ذلك المسألة رقم (١١).

(٢) انظر المسألة رقم (١٠) هامش (١).

(٣) انظر مثالا على ذلك المسألة رقم (٢) . هامش (١).

(٤) انظر المسألة رقم (٢) هامش (١٠).

(٥) انظر المسألة رقم (٣١) هامش (٣٨) .

(٦) المسألة رقم (١٩) هامش (٢) .

(٧) انظر المسألة رقم (٤٢) هامش (٢) .

(٨) اذا اغفل المؤلف ذكر الخلاف في المسألة اصلا ، ذكرته مع بيان درجة ذلك القول او الوجه في ذلك الخلاف[١].

(٩) اذكر الخلاف بين ابى حنيفة وصاحبيه[٢] وزفر[٣]، واذا كان للحنابلة والمالكية اكثر من رأى او رواية اشرت الى ذلك ايضا[٤].

(١٠) احرر موضع النزاع واصور المسألة وابين وجهة القول اذا احتاج الامر الى ذلك[٥].

(١١) انقل عبارة المذاهب من كتبها ، اذا رأيت ان الموقف يحتاج الى ذلك فيما اذا لم اجد المسألة منصوصا عليها ، فاخرجها وابين وجه التخريج بذكر المأخذ فيه ، ليشاركني القارئ في الحكم الذى اتوصل اليه[٦]، ومانقلته بالنص اذكر فيه المرجع مباشرة ، وماتصرفت فيه او نقلته بالمعنى ، قلت فيه : انظر كذا .

(١٢) اشير الى موضع الايات من سورها في القرآن الكريم، مع ذكر وجه الدلالة اذا احتاج الامر الى ذلك[٧].

(١٣) اخرج الاحاديث والاثار، فان كانت في الكتب الستة البخارى ومسلم

---

(١) انظر المسألة رقم (٢) هامش (١).
(٢) انظر المسألة رقم (٣) هامش (٤).
(٣) انظر المسألة رقم (٩) هامش (٤).
(٤) انظر المسألة رقم (٣) هامش (٣).
(٥) انظرالمسألة رقم (٨) هامش (٧). والمسألة رقم (١٩) هامش (٢). ومسألة (٢٩) هامش (٣).
(٦) انظرالمسألة رقم (١٨) هامش (٢).
(٧) انظر المسألة رقم (٤) هامش (٢٣).

وابى داود والنسائى والترمذى وابن ماجه ، ذكرتها جميعها[1] ، والاكتفيت بذكر من خرجه[2] ، ووجه الدلالة فيه ، ان احتاج الامر الى ذلك[3] .

(١٤) اذكر حكم المحدثين على كل حديث او اثر صحة وضعفا مادام فى غير الصحيحين[4] .

(١٥) اترجم الاعلام فى اماكن ورودها[5] ، ثم احيل عليها عند التكرار[6] .

(١٦) اوضح المشكلات ، سواء كانت جملا[7] ، او كلمات غريبة[8] ، او مصطلحات حديثية[9] او فقهية[10] او اصولية[11] .

(١٧) ابين اطراف كل قياس يذكره المصنف سواء كان للشافعية او للحنفية ما امكننى ذلك ، فابين فيه الاصل والفرع والعلة الجامعة بينهما وحكم الاصل وحكم الفرع[12] ، وقد فعلت ذلك - وان طال - لما فيه من المساهمة فى توضيح المراد منه .

---

(١) انظر المسألة رقم (٤) هامش (٤) .
(٢) انظر مسألة رقم (٤) هامش (١٩) و (٣٣) منها ايضا .
(٣) انظر مسألة رقم (١٢) هامش (٤) .
(٤) انظر المسألة رقم (١٨) هامش (٩) .
(٥) انظر المسألة رقم (١) هامش (٢٨) .
(٦) انظر المسألة رقم (١٢٩) هامش (٣٠) .
(٧) انظر المسألة رقم (١) هامش (٢٢) و (٢٥) .
(٨) انظر مسألة رقم (١) هامش (٤٠) و (٦٥) .
(٩) انظر المسألة رقم (١) هامش (٤٩) .
(١٠) انظر المسألة رقم (١٢) هامش (٦٢) .
(١١) انظر المسألة رقم (٥٩) هامش (٢٨) ومدخل مسائل البيوع الفاسدة عند مسألة رقم (٦٦) .
(١٢) انظر مسألة رقم (١) هامش (٤) .

(١٨) لم اقم بترجيح رأى على رأى آخر اصلا ، لان ذلك يقتضى استقصاء ادلة الطرفين ثم تمحيصها والموازنة بينها ، وهذا مالاسبيل اليه فى رسالة تحقيق كهذه .

والله اسأل ان ينفع بهذا الجهد ، وان يجعله فى ميزان عملى يوم القيامة ، وان يتجاوز عما اخطأت فيه ، فما قصدت الا الخير والحق والله يجزى على النية مالا يجزى على العمل ، انه جواد كريم .

مكة المكرمة

فى الرابع عشر من محرم الحرام سنة ١٤٠٠هـ

الطالب / زكريا عبد الرزاق المصرى

=======
=====
===
=

القسم الأول :

قسم الدراسة

ويتكون من ثلاثة أبواب

الباب الأول :

في ترجمة الشيخ أبي إسحاق .

الباب الثاني :

في علم الخلاف .

الباب الثالث :

دراسة الكتاب .

الباب الأول

ترجمة الشيخ أخي إسحاق

ويتكون من أربعة فصول

الفصل الأول: في حياته الشخصية

الفصل الثاني: في أخلاقه

الفصل الثالث: في حياته العلمية

الفصل الرابع: في وفاته

الفصل الأول

في حياته الشخصية

ويتكون من خمسة مطالب

المطلب الأول : في نسبه

المطلب الثاني : في مولده

المطلب الثالث : في معرفة بلدته

المطلب الرابع : في نشأته

المطلب الخامس : في فقره

المطلب الاول : في نسب الشيخ ابي اسحاق

هو ابراهيم بن علي بن يوسف بن عبد الله الشيرازي ثم الفيروز ابادي[١] . يكنى بابي اسحاق[٢]، ويلقب بجمال الدين[٣] .

الا ان اللقب الذي غلب عليه هو لقب : الشيخ . وهو ما كان يرغب في ان يعرف به ، وقد ذكر الشيخ سبب ذلك فقال : كنت نائما فرأيت النبي صلى الله عليه وسلم في المنام ومعه صاحباه : ابو بكر وعمر رضي الله عنهما ، فقلت : يارسول الله بلغني عنك احاديث كثيرة عن ناقلي الاخبار، فاريد ان اسمع منك خبرا اتشرف به في الدنيا واجعله ذخيرة في الاخرة، فقال لي : ياشيخ ، وسماني شيخا

---

(١) هكذا ذكره ابن عساكر في تبيين كذب المفتري (ص٢٧٦) .
وعلى العكس من ذلك في معجم البلدان (٣ : ٣٨١) فقد قال: ابراهيم بن علي بن يوسف بن عبد الله الفيروز ابادي ، ثم الشيرازي . ا . هـ وهذا اولى لانه راعى النسبة الى بلد الولادة اولا ، ثم النسبة الى بلد الاستيطان والتلقي .

(٢) كل من ترجم له، كناه بذلك .

(٣) نص على هذا اللقب صاحب وفيات الاعيان (١ : ٢٩) . وهداية العارفين (٥ : ٨) ، الفتح المبين (١ : ٢٥٥) .

وخاطبني به ، وكان الشيخ يفرح بهذا ، ويقول : سماني رسول الله صلى الله عليه وسلم شيخا[1] .

قال الشيخ : ثم قال لي صلى الله عليه وسلم : من اراد السلامة فليطلبها في سلامة غيره[2] . ا . هـ اي لا يؤذي غيره ، فان فعل ذلك سلم من اذى غيره .

---

(١) وهو وصف يقال لمن طعن في السن ، وقد يعبر به فيما بين الناس عمن تكثر علمه ، لما كان من شأن الشيخ ان تكثر تجاربه ومعارفه . انظر بصائر ذوي التمييز (٣ : ٣٦٠) . والمراد به هنا المعنى الثاني ، فكأنها شهادة من النبي صلى الله عليه وسلم له بذلك .

(٢) طبقات السبكي (٣ : ٩٤) . تهذيب الاسماء و اللغات (٢:١٧٣) المجموع (١ : ٣٢) .

المطلب الثاني : في مولده

ولد الشيخ رحمه الله تعالى بفيروز اباذ ، وهي بليدة ـ تصغير بلدة ـ بفارس، سنة ثلاث وتسعين وثلثمائة[(١)] .

قال ابن كثير : وقيل : ست وتسعين وثلاثمائة[(٢)] . ولعله يشير بذلك الى ماقاله ابو عبدالله الحميدى احد تلامذة الشيخ قال: سألته عن مولده ، فذكر دلائل دلت على سنة ست وتسعين[(٣)] . ا.هـ

الا ان هذا ليس بنص في تاريخ الولادة، فلايقدم على ماذكره غيره .

قال ابن خلكان : وقيل ان مولده في سنة خمس وتسعين[(٤)] .ا.هـ وفي ذكره اياه بصيغة التمريض، مايفيد تضعيفه له ، كالقول الذى قبله .

---

(١) هذا هو الصحيح المشهور بين المترجمين ، وعليه اقتصر السبكى في طبقاته(٣ : ٨٩) والنووى في التهذيب(٢ : ١٧٢) والمجموع (١ : ٣٢) . وابن عساكر في التبيين (ص٢٧٨) ، وعمر رضا كحالة في معجم المؤلفين (١ : ٦٨) ، والزركلى في الاعلام(١ : ٥١) وهذا التاريخ يوافق سنة ثلاثة والف للميلاد . كما اشار اليه في دائرة المعارف الاسلامية(١٤ : ٢٢) ، وكحالة في معجم المؤلفين(١ : ٦٨) . والزركلى في الاعلام(١ : ٥١) ، والمراغى قبلهما في الفتح المبين(١ : ٢٥٥) .

(٢) البداية والنهاية(١٢ : ١٢٤) .

(٣) وفيات الاعيان(١ : ٣١) رقم الترجمة (٥) .

(٤) وفيات الاعيان(١ : ٣١) .

المطلب الثالث : بلدة الشيخ ابى اسحاق

واما بلدته فيروز اباذ ، فاختلف فى ضبطها ، فقال ابن خلكان: بكسر الفاء وسكون الياء المثناة من تحت، وضم الراء المهملة، وبعد الواو الساكنة زاء[1] مفتوحة معجمة، وبعد الالف باء موحدة، وبعد الالف ذال معجمة . . . قاله الحافظ ابو سعد ابن السمعانى فى كتابه : الانساب[2]. ا.هـ

واشار الى القول الثانى فى ضبطها فقال : وقال غيره : هى بفتح الفاء[3]. ا.هـ وعليه اقتصر النووى فى تهذيبه[4]. والنسبة اليها : فيروز ابادى[5].

وهى بلدة بـ فارس، يقال هى مدينة جور[6]. ا وهى قريبة

---

(١) كذا فى الكتاب، ولعل الصواب : زاى . بالياء .

(٢) وفيات الاعيان (١ : ٣١) .

(٣) المصدر السابق . والقاموس (٢ : ١٨٦) .

(٤) تهذيب الاسماء واللغات (٢ : ١٧٢) ، وانظر المجموع ايضا (١ : ٣٢) .

(٥) والشيخ ابواسحاق احد ثانى اثنين ينسبان الى هذه البلدة ثانيهما: مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز ابادى صاحب القاموس . توفى سنة ٨١٧هـ . من ائمة اللغة والتفسيروالحديث قوى الحافظة يحفظ قبل النوم مائة سطر كل يوم . انظر الاعلام (٧ : ١٤٦) .

(٦) وفيات الاعيان (١ : ٣١) . =

من شيراز[1]، بل هي بليدة من بلاد شيراز[2].

وشيراز، بكسر الشين المعجمة، وسكون الياء آخر الحروف وفتح الراء، بعد الالف زاي[3]. وهي قصبة فارس، اى عاصمتها، ودار الملك فيها، قال ابن كثير: وقيل: هي مدينة خوارزم[4]. ا.هـ

قيل: سميت بشيراز بن طهمورث.

وقيل: شبهت بجوف الاسد، لانه لايحمل منها شيء الى جهة من الجهات، ويحمل اليها، ولذلك سميت شيراز.

= قال في المراصد (١: ٣٥٦): جور مدينة بفارس بينها وبين شيراز عشرون فرسخا اليها ينسب الورد الجوري، ـ ثم قال ـ وجور ايضا محلة بنيسابور. ا.هـ واما الورد الجوري فهو اجود اصناف الورد وهو الاحمر الصافي. قاله في معجم البلدان (٢: ١٨١).

(١) الفتح المبين (١: ٢٥٥).

(٢) المجموع (١: ٣٢).

(٣) اللباب (٢: ٢٢١)، المراصد (٢: ٨٢٤).
قال الحموي: ذهب بعض النحويين الى ان اصله شراز ـ بتضعيف الراء المهملة ـ وجمعه شراريز، وجعل الياء قبل الراء بدلا من حرف التضعيف، وشبهه بديباج ودينار وديوان وقيراط، فان اصله عندهم دباج ودنار ودوان وقراط ـ كلها بتضعيف عين الكلمة ـ. قال: ومن جمعه على شواريز، فان اصله عندهم شورز. ا.هـ معجم البلدان (٣: ٣٨٠).

(٤) البداية (١٢: ١٢٤).
وخوارزم: اوله بين الضمة والفتحة والالف مسترقة مختلسة ليست بالف صحيحة. كذا في معجم البلدان (٢: ٣٩٥).

وهي في وسط بلاد فارس، بينها وبين نيسابور مائتان وعشرون فرسخا[١].

وقد غزاها ابو موسى الاشعرى وعثمان بن ابى العاص، في اواخر خلافة عمر، واعاد بناءها محمد بن القاسم بن محمد بن ابى عقيل الثقفى ابن عم الحجاج بن يوسف، ونائبه في عهد الخليفة الوليد بن عبد الملك، على انقاض مدينة قديمة كانت تابعة لولاية ارد شير خره . وقد شيد اسوارها ابو كاليجار سلطان الدولة البويهى من سنة ست وثلاثين واربعمائة للهجرة[٢]، الى سنة اربعين واربعمائة[٣]. فكان طول سورها اثنى عشر الف ذراع، وعرضه ثمانية اذرع وجعل لها احد عشر بابا[٤].

وفى سنة خمس وتسعين وسبعمائة للهجرة[٥]، وصل تيمور الى المدينة، فهاجمه شاه منصورى المظفرى، لكنه لقى حتفه في تلك المعركة وسقطت المدينة في يد تيمور .

ثم استردها الافغانيون سنة سبع وثلاثين ومائة والف للهجرة[٦] وقد جعلها كريم خان، عاصمة حكمه، واحاطها بالاسوار والخنادق

---

(١) معجم البلدان (٣ : ٣٨٠) .

(٢) يعادل سنة اربع واربعين والف للميلاد . انظر دائرة المعارف الاسلامية (١٤ : ٢١) .

(٣) يعادل سنة ثمان واربعين والف للميلاد .

(٤) انظر معجم البلدان (٣ : ٣٨٠) .

(٥) اى مايوافق سنة ثلاث وتسعين وتسعمائة والف للميلاد .

(٦) اى مايوافق سنة اربع وعشرين وسبعمائة والف للميلاد .

ورصف شوارعها ، واقام فيها العمائر الجميلة ، وبخاصة السوق الكبير.[١]

قلت : ويسمى سوق الوكيل ، ويعد اجمل اسواق الشرق[٢] .

وقد وقع فيها زلزالان كبيران دمراها ، احدهما : وقع سنة ثلاث عشرة وثمانمائة والف للميلاد . والثاني : وقع سنة اربع وعشرين وثمانمائة والف للميلاد ايضا[٣] .

والنسبة لهذه البلدة : شيرازى ، قال الحموى : وقد نسب الى شيراز جماعة كثيرة من العلماء في كل فن[٤] . ا . هـ

---

(١) انظر دائرة المعارف الاسلامية (١٤ : ٢٠) .

(٢) انظر دائرة القرن العشرين (٥ : ٤٢٢) .

(٣) انظر دائرة المعارف الاسلامية (١٤ : ٢١) .

(٤) معجم البلدان (٣ : ٣٨٠) . وقد ذكر منهم في الفقه الشيخ ابا اسحاق الشيرازى ، وفي الحديث : الحسن بن عثمان بن حماد بن حسان بن عبد الرحمن بن يزيد القاضي ابو حسان الزيادى الشيرازى ، فاضل بارع فقيه ، سمع محمد بن ادريس الشافعي ، واسماعيل بن علية ووكيع بن الجراح ، توفي سنة ٢٧٢ هـ .
وفي الزهد : ابو عبد الله محمد بن خفيف الشيرازى ، شيخ الصوفية ببلاد فارس ، وواحد الطريقة في وقته ، توفي بشيراز سنة ٣٧١ هـ . وفي الطبقات لابن السبكي (٢ : ١٥١) انه سمع من ابى الحسن الاشعرى امام الاشعرية ، وسمع منه القاضي الباقلاني شيخ الاشعرية في وقته .
وفي الحفظ : احمد بن عبد الرحمن بن احمد بن موسى الحافظ الشيرازى ابو بكر ، روى عن ابى بكر الاسماعيل وابى سهل =

....

= بشر بن احمد الاسفرائيني . وروى عنه ابو بكر الزنجاني وغـــيره
كان صدوقا حافظا ثقة . توفى سنة ٤١١ هـ .
وذكر منهم ايضا : احمد بن منصور بن محمد بن عباس الشــيرازى
الحافظ من الرحالين المكثرين من السماع والجمع، ورد نيسابور
سنة ٣٣٨ هـ واقام فيها سنين ، قال الحموى : وكنت ارى معــه
مصنفات كثيرة في الشيوخ والابواب، رأيت به الثوري وشعبــــة
في ذلك الوقت . توفى سنة ٣٨٢ هـ .
انظرهم في معجم البلدان (٣ : ٣٨٠) .

المطلب الرابع : في نشأة الشيخ ابي اسحاق

نشأ الشيخ ابو اسحاق في بلدته فيروز اباذ ، وتلقى فيها مبادىء العلوم وكان شيخه فيها ابو عبد الله محمد بن عمر الشيرازي [١] حتى اذا ماشب وبلغ السابعة عشرة من عمره ، رحل الى شيراز [٢] لمتابعة تلقيه العلم على مشايخها ، كما هي العادة في تلك الازمان ، فدخل شيراز، وتلقى فيها الفقه على ابي عبد الله البيضاوي [٣] ، وابي احمد عبد الوهاب بن رامين [٤] . ولم يذكر لنا التاريخ كم مكث فيها ، حتى غادرها .

ثم رحل الى البصرة، فتلقى الفقه فيها على الجزري [٥] ، وايضا فكما اغفل التاريخ مدة لبثه في شيراز، اغفل ذكر مدة اقامته في البصرة لكن المعلوم انه غادرها في شوال من سنة خمس عشرة

---

(١) انظر طبقات الفقهاء (ص١٣٤) قال الشيخ : وهو اول من علقت عنه بفيروز اباد . ا . هـ

(٢) نقل عنه ابن خلكان قوله : ورحلت في طلب العلم الى شيراز في سنة عشر واربعمائة . ا . هـ وفيات (١ : ٣١) ، واذا عرفنا انه ولد سنة ثلاث وتسعين واربعمائة، علمنا انه كان ابن سبع عشرة سنة حين ترك بلدته راحلا الى شيراز .

(٣) انظر ترجمته في : مشايخ الشيخ ابي اسحاق . رقم (٣)

(٤) انظر ترجمته في نفس الموضع السابق . رقم (٦) .

(٥) انظر طبقات الشافعية (٣ : ٨٩) ، وفيات الاعيان (١ : ٣٠) .

واربعمائة[١] الى بغداد ، فيكون مجموع ماقضاه من السنين فى البصرة وشيراز نحو خمسة اعوام .

وفى بغداد تفقه على جماعة من كبار العلماء ، منهم : الامام ابو الطيب الطاهر بن عبد الله الطبرى[٢] ، ولازمه حتى صار اخص تلاميذه وقد وثق به الطبرى فكان يستنيبه فى الدرس اذا غاب . بل ذهب الى اكثر من ذلك ، وهو ما افصح عنه الشيخ ابو اسحاق ، بقوله : لازمت مجلسه - يعنى ابا الطيب الطبرى - بضع عشرة سنة ، ودرست اصحابه فى مسجده سنين باذنه ، ورتبنى فى حلقته[٣] ، وسألنى ان اجلس فى مسجده للتدريس ففعلت فى سنة ثلاثين - اى واربعمائة - احسن الله عنى جزاءه ورضى عنه[٤] . ا . هـ

وممن اخذ عنهم الفقه فى بغداد ايضا ابو احمد عبد الوهاب ابن محمد بن عمر بن محمد بن رامين . وابو عبد الله محمد بن عبد الله البيضاوى . وابو القاسم منصور بن عمر الكرخى ، وابو حاتم محمود بن الحسن الطبرى وابو عبد الله محمد بن عمر الشيرازى[٥] وغيرهم .

---

(١) ويوافق ذلك شهر ديسمبر من سنة اربع وعشرين والف للميلاد كما فى دائرة المعارف الاسلامية (١٤ : ٢٢) .

(٢) انظر ترجمته فى : مشائخ الشيخ ابى اسحاق . رقم (٩) .

(٣) اى جعله فيها بما يعرف بالمعيد فى النظام الجامعى الحديث .

(٤) طبقات الشيرازى (ص ١٢٨) .

(٥) انظر : وفيات (١ : ٢٩) ، معجم البلدان (٣ : ٣٨١) ، تبيين (ص ٢٧٦) والتى تليها . وستأتى ترجمتهم جميعا عند الكلام على مشايخه ان شاء الله تعالى .

واما الحديث فاخذه فيها عن ابى بكر البرقانى - بضم الاول ، وتسكين الثانى - وابى على بن شاذان ، وابى الطيب الطبرى[(١)] ، وابى الفرج محمد بن عبد الله الخرجوشى الشيرازى[(٢)] ، وغيرهم .

---

(١) طبقات ابن السبكى (٣ : ٩٠) ، تهذيب النووى (٢ : ١٧٢) ، البداية والنهاية (١٢ : ١٢٤) ، وفيات الاعيان (١ : ٢٩) تبيين كذب المفترى (ص ٢٧٦) .

(٢) وفيات الاعيان (١ : ٢٩) .

المطلب الخامس : فقر الشيخ ابى اسحاق

كان الشيخ ابو اسحاق رحمه الله شديد الفقر والفاقة، لم يكن يملك من حطام الدنيا شيئا ، فكان في شظف من العيش، لا يجد الملبس والمأكل ، واذا وجده فمن اخشنه .

حدثنا عن هذا الجانب من حياته تلميذه القاضي ابو العباس احمد بن محمد الجرجاني[١] فقال :

كان ابو اسحاق الشيرازي لا يملك شيئا من الدنيا ، فبلغ به الفقر حتى كان لا يجد قوتا ولا ملبسا .

قال : ولقد كنا نأتيه وهو ساكن في القطيعة[٢]، فيقوم لنا نصف قومة ، ليس يعتدل قائما من العرى ، كي لا يظهر منه شيء[٣]. ا . هـ

وكان رحمه الله يبيت على الطوى في كثير من ايامه ، حتى اذا ماضاق به الامر، قصد صاحبا له[٤] باقلانيا ، فيثرد له رغيفا ويثريه بماء الباقلاء ، ويكتفي بهذا اللون من الطعام، بعد ان يكون قد

---

(١) ستأتي ترجمته مع تلاميذ الشيخ ان شاء الله تعالى .رقم (٢) .

(٢) اسم موضع بالكرخ في بغداد ، يسمى قطيعة الفقهاء . انظر المراصد (٣ : ١١١٠) ، معجم البلدان (٤ : ٤٤٨) .

(٣) طبقات ابن السبكي (٣ : ٩٠) .

(٤) لم تذكر لنا المصادر اسمه ، لنعرف مدى صلته به ، وسبب اختياره دون غيره من الاصحاب، فلعله كان قريبه ، او بمنزلة القريب . وقد قيل : رب اخ لك لم تلده امك .

ذاق مرارة الجوع لوقت طويل .

واحيانا كان يقصد صاحبه المذكور، فيجده قد فرغ من بيع الباقلاء، فيقف ويقول : تلك اذا كرة خاسرة، فيرجع[1]، والجوع يلازمه الى حيث الدرس والتدريس بنفس ابية، وهمة علية .

وقد ادى به فقره الى العجز عن اداء فريضة الحج ، مابه من ضر، الا انه لايجد الزاد ولا الراحلة، التى تبلغه بيت الله الحرام[2] .

---

(١) انظر طبقات ابن السبكي (٣ : ٩٠) .

(٢) انظر طبقات ابن السبكي (٣ : ٩٥) ، تهذيب النووي (٢: ١٧٤).

الفصل الثاني

أخلاق الشيخ أبي إسحاق

وفيه سبعة مطالب

المطلب الأول : عفافه

المطلب الثاني : كرمه

المطلب الثالث : ورعه

المطلب الرابع : عمله بعلمه

المطلب الخامس : تواضعه

المطلب السادس : جرأته في الحق

المطلب السابع : مجلسه

المطلب الاول : عفاف الشيخ ابي اسحاق

لقد عاش الشيخ ابو اسحاق قليل ذات اليد ، لكنه عفيف النفس غنيها ، ولو شاء لملأ كفه من كنوزها وخيراتها ، وهو الرجل المحبوب لدى الاخوان ، المقرب لدى السلطان ، لكنه رضي منها بالدون ، رغبة عما في يد الغير، الى مافي يد الله تعالى .

قال القاضي محمد بن محمد الماهاني : امامان ما اتفق لهما الحج : الشيخ ابو اسحاق الشيرازي ، وقاضي القضاة ابو عبد الله الدامغاني - وكأني به سئل عن سبب ذلك - فقال : الشيخ ابو اسحاق ، ماكان له استطاعة الزاد والراحلة، ولكن لو اراد الحج لحملوه على الاحداق[1] الى مكة[2]، والدامغاني لو اراد ان يحج على

---

(١) الاحداق: جمع حدقة ، محركة الاول والثاني ، وهي سواد العين وتسمى الحندوقة بضم الحاء المهملة ، فنون ساكنة ، والحنديقة بكسر الحاء المهملة بعدها نون ساكنة ، وتجمع ايضا على حدق محركة الاول والثاني ، وحداق ككتاب . انظر القاموس (٣ : ٢١٩) .

(٢) وانما لم يرد ابو اسحاق الحج مع انه يعلم من اصحابه استعدادهم بذل كل مايحتاج اليه ، خوف المنة ، لما في تحملها من المشقة على كريم النفس كهو ، وقد قال في المهذب (١ : ١٩٧) وان بذل له رجل راحلة من غير عوض ، لم يلزمه قبولها ، لان عليه في قبول ذلك منة ، وفي تحمل المنة مشقة ، فلايلزمه . ا . هـ كيف لا يكون منه ذلك ، والمذهب لا يوجب على الاب تحمل منة =

السندسوالاستبرق لامكنه ذلك[1] . ا . هـ

ولما عرضت عليه المناصب الحكومية العالية ، رفضها زهدا في الدنيا وزهرتها ، وتورعا عن الوقوع في حقوق الغير .

كتب ابن الصلاح بخطه : .. لما توفي قاضي القضاة ابو عبد الله الحسين بن جعفر بن ماكولا ببغداد ، اكره القائم بامر الله الشيخ ابا اسحاق الفيروز ابادي على ان يتقلد له النظر في الاحكام والمظالم شرقا وغربا ، فامتنع[2] . ا . هـ

= الابن فيما لو بذل له ولده الاجرة للحج في اصح القولين .
انظر شرح المحلي (٢ : ٩٠) .

(١) طبقات ابن السبكي (٣ : ٩٥) ، تهذيب النووي (٢ : ١٧٤) .

(٢) طبقات ابن السبكي (٣ : ٩٩) .

المطلب الثاني : في كرم الشيخ ابي اسحاق

لم يكن فقره رحمه الله ليحول بينه وبين بذل ماقد يتحصل لديه من عرض الدنيا ، فما كان يصل اليه شيء منها - على قلته - حتى يبادر الى انفاقه في سبيل الخير هنا وهناك .

وهذا دليل قوي على قوة ايمان المرء ، وثقته بما في يد الله تعالى ، والصدقة على هذا الوجه افضل الصدقات وارجاها قبولا واعظمها اجرا ، روى البخاري في صحيحه عن ابي هريرة قال : جاء رجل الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : يارسول الله : اى الصدقة اعظم اجرا؟ قال : ان تصدق وانت صحيح شحيح تخشى الفقر وتأمل الغنى ، ولا تمهل حتى اذا بلغت الحلقوم ، قلت : لفلان كذا ولفلان كذا . وقد كان لفلان . ا.هـ وصدق من قال :

ليس العطاء من الفضول سماحة   حتى تجود ومالديك قليل

---

(١) رواه البخاري (١ : ٢٤٧) كتاب الزكاة ، باب اى الصدقة افضل . ومحل هذا العمل بهذا الحديث: هو مالم يتعلق بهذا المال حق للغير كنفقة العيال والدين ، لما روى البخاري تعليقا قال : قال النبي صلى الله عليه وسلم : من اخذ اموال الناس يريد اتلافها اتلفه الله . ا.هـ (١ : ٢٤٨) كتاب الزكاة باب لاصدقة الاعن ظهرغنى ، ومن تصدق وهو محتاج او اهله محتاج او عليه دين ، فالدين احق ان يقضى من الصدقة والعتق والهبة ، وهو رد عليه .

وفى العادة ان المرء اذا حصل على شئ من المال ، قبض عليه كفه وحرص على الاحتفاظ به ، ليضيف اليه غيره ، املا فى ان يفتنى به فى المستقبل ، ويغفل عن وعد الله له بالاخلاف اذا انفقه ، فى قوله تعالى" وما انفقتم من شئ فهو يخلفه"[(١)] .

وفى قوله صلى الله عليه وسلم : مامن يوم يصبح العباد فيه الا وملكان ينزلان فيقول احدهما : اللهم اعط منفقا خلفا ، ويقول الاخر : اللهم اعط ممسكا تلفا[(٢)] . ا . هـ

وفى التصدق بالمال على شدة الحاجة اليه انتصار على النفس، وقهر لشهواتها ، وقد امتدح الله المؤمنين الاوائل بانهم (يؤثرون على انفسهم ولو كان بهم خصاصة)[(٣)] اى حاجة الى ماينفقونه .

والشيخ ابو اسحاق من هذا النوع من الناس، فقد حكى السمعانى عنه انه كان يشترى طعاما كثيرا - اى اذا وقع فى يده شئ من المال - ويدخل بعض المساجد ، ويأكل مع اصحابه ، ومافضل قال لهم : اتركوه لمن يرغب فيه[(٤)] . ا . هـ

وهذا المتروك على قلته ، الا انه من مثل الشيخ ابى اسحاق

---

(١) سورة سبأ : ٣٩

(٢) رواه مسلم (٢ : ٧٠٠) كتاب الزكاة ، باب فى المنفق والممسك رقم (٥٧) .

(٣) سورة الحشر : ٩

(٤) تهذيب النووى (٢ : ١٧٣) ، المجموع (١ : ٣٣) .

على فقره ، قد يفوق في الاجر والدلالة على الكرم ، مايبذله الرجل الميسور ، فقد روى النسائي عن ابي هريرة مرفوعا : سبق درهم مائة الف ، قالوا : يارسول الله وكيف ؟ قال : رجل له درهمان ، فاخذ احدهما فتصدق به ، ورجل له مال كثير فاخذ من عرض[1] ماله مائة الف فتصدق بها[2] . ا.هـ

ولذلك استحق ان يصفه النووي بانه كان : كريما ، سخيا جوادا[3] . ا.هـ

---

(١) بضم العين المهملة بعدها راء ساكنة ، يطلق على جانب الشيء خاصة . انظر بصائر ذوي التمييز (٤ : ٤٤) .

(٢) رواه النسائي (٥ : ٥٩) كتاب الزكاة ، تحت عنوان : جهد المقل . وظاهر الحديث يدل على ان الاجر على قدر حال المعطي لا على قدر المال المعطى ، وقيل : معناه هو ما اذا صار اعطاء الفقير سببا لاعطاء ذلك الغني تلك الدراهم ، فيكون له مثل اجر الغني وزيادة اجر الدرهم الذي تصدق به هو . ولكنه معنى فيه بعد ، وقد قال السندي في حاشيته على النسائي لكن لفظ الحديث لا يدل على هذا المعنى ولا يناسبه . ا.هـ

(٣) تهذيب النووي (٢ : ١٧٣) .

المطلب الثالث : ورع الشيخ ابى اسحاق

واما الورع فلقد كان في الشيخ منه نصيب وافر، حمله في كثير من الاحيان ، على ترك حقه لادنى شبهة قد تحوم حوله .

وعن بعض ذلك حدث السمعاني ، بقوله : انه سمع بعض اصحاب الشيخ يقول : دخل ابو اسحاق يوما مسجدا ليتغذى ، فنسي - اى في المسجد بعد خروجه منه - دينارا ، ثم ذكر، فرجع، فوجده ففكر، ثم قال : لعله وقع من غيرى (١) . ا . هـ

ووجه الورع فيه من ناحيتين :

احداهما : انه قدم احتمال كون الدينار من غيره على احتمال ان يكون منه هو، مع ان الثاني اقرب، لانه وجده في المكان الذى افتقده فيه .

والناحية الثانية : انه على فرض ان الدينار ليس له ، فانه لقطة يجوز له اخذه ، ولا يلزمه تعريفه في احد ثلاثة اوجه في المذهب، لما روى ان عليا كرم الله وجهه ، وجد دينارا ، فعرفه ثلاثا ، فقال له النبى صلى الله عليه وسلم : كله او شأنك به (٢)، والوجه الثاني : يعرف

---

(١) طبقات ابن السبكى (٣ : ٨٩) ، وفى تهذيب النووى (٢ : ١٧٣) فتركه ولم يمسه . ا . هـ

(٢) رواه ابو داود (٢ : ١٣٧) كتاب اللقطة . رقم ١٧١٤ ، عن عبيد الله بن مقسم ، حدثه رجل عن ابى سعيد الخدرى ان على ابن ابى طالب وجد دينارا ، فاتى به فاطمة ، فسألت عنه =

مايقطع به السارق ، ولا يعرف ما دونه ، لانه تافه ، ودليله قول عائشة ماكانت اليد تقطع على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم في الشيء التافه[1].

= رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : هو رزق الله عز وجل فاكل منه رسول الله صلى الله عليه وسلم و اكل على وفاطمة - وتمامه - فلما كان بعد ذلك ، اتته امرأة تنشد الدينار فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : ياعلى اد الدينار . ا.هـ
وفي اسناده رجل مجهول كما ترى . وانظر مختصر سنن ابى داود (٢ : ٢٧١) رقم ١٦٤٠ ، ورواه ابو داود ايضا مطولا (٢ : ١٣٨) من طريق موسى بن يعقوب الزمعى ، رقم ١٧١٦ لكن موسى هذا اختلف فيه فوثقه ابن معين و قال ابن عدى : لابأس به .
وقال النسائي : ليس بالقوى . انظر مختصر سنن ابى داود (٢ : ٢٧٢) ، رقم ١٦٤٢ .
ولعل الاختلاف في ضعف الحديث وصحته هو الذى حمل الشيرازى على تركه و العمل بظاهر النص عن الشافعي ، لما ان عموم الاخبار الصحيحة في ايجاب التعريف تدل عليه .

(١) رواه ابن ابى شيبة في مصنفه ، وسنده : حدثنا عبد الرحيم بن سليمان عن هشام بن عروة عن عروة عن عائشة قالت : لم تكن يد السارق تقطع على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم في الشيء التافه . ا.هـ
وقد صححه ابن حزم في المحلى (١٣ : ٣٩٥) .
ورواه ابن ابى شيبة ايضا عن وكيع عن هشام بن عروة عن ابيه مرسلا انظر النصب (٣ : ٣٦٠) . =

والوجه الثالث : يعرف القليل والكثير سنة[١] .

فعمل الشيخ رحمه الله بالوجه الثالث، لانه احوطها ، ولذلك رجحه في مهذبه بقوله : وهو ظاهر النص، لعموم الاخبار.[٢] ا.هـ

بل حصل منه ماهو اكثر من ذلك ، فقد قال ابو بكر محمد بن علي البروجردي : اخرج ابو اسحاق يوما قرصين من بيته ، فقال لبعض اصحابه : وكلتك في ان تشتري لي الدبس والراشي[٣] ، بهذه القرصة على وجه هذه القرصة ، فمضى الرجل ، وشك - ابو اسحاق - باي القرصين اشترى ، فما اكل الشيخ ذلك ، وقال : لا ادري اشترى بالذي وكلته ، ام بالاخرى[٤] . ا.هـ

وموقفه هذا مبني على ان الوكيل اذا خالف الموكل في بيع ماله او الشراء بعين ماله ، فتصرفه باطل ، كأن وكله ببيع عبد ، فباع آخر او بشراء ثوب بهذا الدينار ، فاشترى به آخر[٥] . فان تصرفه غير صحيح لانه فعل غير ما اذن له به الموكل ، فيكون متصرفا في مال الغير بغير

= ورواه عبد الرزاق في مصنفه : اخبرنا ابن جريج عن هشام بن عروة عن ابيه مرسلا ايضا . (١٠ : ٢٣٥) رقم ١٨٩٥٩ باب في كم تقطع يد السارق .

(١) المهذب (١ : ٤٣٠) .

(٢) نفس المصدر .

(٣) وهو مايعرف بالطحينة . هذا عند البغداديين ، ويسميه اهل البصرة بالرهش .

(٤) طبقات ابن السبكي (٣ : ٩٠) .

(٥) انظر شرح المحلي (٢ : ٣٤٥) .

اذ نه ، وذلك لايجوز ، فيبطل .

فمحل البطلان المذكور : هو ما اذا خالف الوكيل الموكل حقيقة ، واما في حادثة الشيخ ابي اسحاق ، فان مخالفة الوكيل لابي اسحاق محتملة ، فلايبطل بها العقد ، والاصل حمل العقد على الصحة ما امكن ، لكن ابا اسحاق غلب احتمال وقوع المخالفةمن الوكيل وهذا هو محل الورع منه رحمه الله .

ومما يذكر من ورعه ايضا ، انه حين بنى له الوزير نظام الملك المدرسة النظامية ليدرس بها ، رفض افتتاحها والتدريس بها لما بلغه من ان اكثر الاتها مغصوبة ، ولما مورست عليه ضغوط من تلاميذه كبيرة ، قبل التدريس بها ، الا انه كان اذا حضر وقت الصلاة خرج منها الى اقرب مسجد فيصلي فيه ثم يرجع،[1] رحمه الله ، كم كان قلبه حيا مستحضرا روح الاستعلاء على الباطل ، متحديا له في كل اشكاله وصوره ، فاين علماؤنا من مثل ذلك .

ولاعجب بعد هذا ، ان يكون الشيخ ابو اسحاق كما قال فيه النووي : مستجاب الدعوة،[2] فان للورع مدخلا كبيرا في ذلك ، وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم لسعد بن ابي وقاص في وصيته له : ياسعد اطب مطعمك تكن مستجاب الدعوة وقد فعل ، فكان له ذلك[3] .

---

(١) انظر وفيات الاعيان (٢ : ١٢٩) .

(٢) تهذيب النووي (١ : ١٧٤) .

(٣) كان سعد مستجاب الدعوة ببركة دعاء النبي صلى الله عليه وسلم له اذ قال : اللهم استجب لسعد اذا دعاك . رواه الترمذي =

وروى ابو هريرة مرفوعا : يا ايها الناس ان الله طيب لا يقبل الا طيبا ، وان الله امر المؤمنين بما امر به المرسلين ، فقال : (يا ايها الرسل كلوا من الطيبات و اعملوا صالحا انى بما تعملون عليم)[١]. وقال (يا ايها الذين آمنوا كلوا من طيبات مارزقناكم)[٢] ثم ذكر الرجل يطيل السفر اشعث اغبر ، يمد يديه الى السماء : يارب يارب ، ومطعمه حرام ومشربه حرام ، وملبسه حرام ، وغذى بالحرام ، فانى يستجاب له[٣] . ا.هـ

= (٥ : ٦٤٩) كتاب المناقب ، باب مناقب سعد بن ابى وقاص رقم ٣٧٥١ وصححه .

(١) سورة المؤمنون : ٥١

(٢) سورة البقرة : ١٧٢

(٣) رواه مسلم (٢ : ٧٠٣) كتاب الزكاة باب قبول الصدقة من الكسب الطيب وتربيتها ، رقم ٦٥ .

المطلب الرابع : عمل الشيخ ابي اسحاق بعلمه

لقد نال رحمه الله من الشهرة لاخلاصه وعلو كعبه في العلوم والفنون المختلفة من فقه واصول وحديث، ماجعله محط انظار العامة والعلماء والساسة على سواء، ومثل هذه المنزلة الرفيعة تحتاج للحفاظ على النفس معها من الانسياق وراء شهوة الحفاظ على الشهرة والمكانة، الى ضرب من التوفيق، لايتحصل الا باخلاص النية لله تعالى، في العلم، وبالعمل به، فان العمل ثمرة العلم والقبول لدى الناس[1] ثمرة الاخلاص فيها . والدليل عليه : مارواه البخاري عن ابي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال : اذا احب

---

(١) اعني بـهم : المخلصين في محبتهم لله تعالى، الذين لا يتبعون غيرهم في الحب و البغض، بل يزنون الامور بميزان الحق و الشرع . واما العامة من الناس فلاعبرة بمحبتهم لشخص ولا ببغضهم له، لانهم مضللون بما تنسجه وسائل اعلام محبوبهم من المحاسن المكذوبة له، والمساوئ المكذوبة على خصومه . ولذلك كان اكثر اهل الارض فاسقين ضالين . وعلى الضد من ذلك اهل الخير والحق . فقد قتل من الانبياء كثير وكذبهم قومهم، وقد يأتي النبي يوم القيامة و ليس معه احد فالرجال تعرف بالحق ولا يعرف الحق بهم .

الله عبدا نادى جبريل : ان الله يحب فلانا ، فاحبه - فعل امر - فيحبه جبريل ، فينادى جبريل فى اهل السماء : ان الله يحب فلانا ، فاحبوه ، فيحبه اهل السماء ، ثم يوضع له القبول فى اهل الارض.[١] ا . هـ

وقد كان الشيخ ابو اسحاق عاملا بعلمه ، ويدعو غيره الى ذلك فيقول : العلم الذى لا ينتفع به صاحبه : ان يكون الرجل عالما ، ولا يكون عاملا.[٢] ا . هـ

وكان يحث نفسه على ذلك ايضا ، وهوموضع القدوة ، فيقول :

علمت ماحلل المولى وحرمه   فاعمل بعلمك ان العلم بالعمل[٣]

بل كان يذكر الاخرين ايضا ويحثهم على العمل بما علموا ليكونوا هداة لمن لم ينل من العلم مانالوه ، وليكون عملهم حجة لهم ، فيقول : الجاهل بالعالم يقتدى ، فاذا كان العالم لا يعمل بعلمه ، فالجاهل مايرجوه من نفسه ، فالله الله يا اولادى[٤] ، نعوذ بالله من علم يكون

---

(١) رواه البخارى (٤ : ٥٦) . كتاب الادب ، باب المقة من الله تعالى . والمقة بكسر الميم وفتح القاف المخففة : اى المحبة ا . هـ حاشية السندى عليه .

(٢) طبقات ابن السبكى (٣ : ٩٤) .

(٣) نفس المرجع .

(٤) كان يخاطب تلاميذه بذلك ، فقد كان يقول : من قرأ على مسألة فهو ولدى . ا . هـ طبقات ابن السبكى (٣ : ٩٤) .

حجة علينا [١]. ا.هـ

ومما يذكر من عمله بدقائق الفقه ، انه كان يمشي يوما مع بعض اصحابه من الفقهاء ، في طريق ، فعرض لهما كلب ، فقال الفقيه لذلك الكلب : اخسأ ، وزجره ، فنهاه الشيخ عن ذلك ، وقال : لم طردته عن الطريق ، اما علمت ان الطريق بيني وبينه مشترك [٢]. ا.هـ

وقد كان الشيخ رحمه الله يستحضر الاخلاص في عمله ، ويقدم النية عليه ، قال النووي : وقد ذكر الشيخ ابو اسحاق في اول كتابه الملخص في الجدل جملا من الاداب للمناظرة ، واخلاص النية وتقديم ذلك بين يدي شروعه فيها . وكان فيما نعتقده متصفا بكل ذلك [٣]. ا.هـ

وفصل لنا ابو الوفاء بن عقيل وهو تلميذ الشيخ ابي اسحاق المطلع على الكثير من احواله مما قد يغيب عمن لم يلازمه معرفته ، فقال: شاهدت شيخنا ابا اسحاق لايخرج شيئا الى فقير الا احضر النية

---

(١) نفس المرجع . وهو يشير بذلك الى قوله صلى الله عليه وسلم لا تزول قدما عبد يوم القيامة حتى يسأل عن عمره فيما افناه ، وعن علمه فيم فعل ، وعن ماله من اين اكتسبه وفيم انفقه ، وعن جسمه فيم ابلاه . ا.هـ رواه الترمذي (٤ : ٦١٢) كتاب صفة القيامة رقم الحديث ٢٤١٦ ، ثم قال : هذا حديث حسن صحيح . ا.هـ

(٢) نفس المرجع .

(٣) المجموع (١ : ٣٣) .

ولا يتكلم فى مسألة الا قدم الاستعانة بالله عز وجل ، وا خلص القصد فى نصرة الحق ، ولا صنف مسألة الا بعد ان صلى ركعات - ثم يشير الى بركة ذلك وثمرته العاجلة فيقول - : فلاجرم شاع اسمه وانتشرت تصانيفه شرقا وغربا ، لبركة اخلاصه.[1] ا. هـ

---

(١) تهذيب النووى (٢ : ١٧٣) ، المجموع (١ : ٣٣) ، وانظر المنتظم (٩ : ٦) .

المطلب الخامس: في تواضع الشيخ ابى اسحاق

ثم هو الى جانب ذلك، متواضع، طارح للتكلف، وهما صفتان قلما يتصف بهما من يصل الى مثل ماوصل اليه ابو اسحاق، لما انه يقابله الكبير والصغير المأمور والامير، ولكن الشيخ كان مشغول البال عن مراعاة ذلك، بما هو فيه من العلم والتعليم وتثقيف النفس وتهذيبها كي لاينفلت منه زمامها، فتغتر بما حولها من مغريات الجاه والسمعة فكان اذا احس فيمن يواجهه بنوع اشفاق من مقابلته، لما يعلم من علو مكانته في العلم والديانة و الجاه، كان يسارع الى تبديد هذا الوجل من نفسه، بعبارة ترفع من شأن المخاطب، وتبعث فيه معنى الشجاعة لمقابلة الشيخ وتعيد اليه ثقته بنفسه .

ومما يحكى عنه في ذلك، ان الشيخ الامام ابا اسحاق كان يسأل ابا القاسم عبيد الله بن علي بن عبيد الله الرقى، عالم اللغة والادب، عن الكلمة في اللغة، ويقول له :ـ حين يرى مايقع في نفسه من مهابة الشيخ ابى اسحاق ـ قدّر انه سألك عنها صبى، ولا تقل انه سألني عنها الشيخ ابو اسحاق[1] . ا.هـ

والشيخ رحمه الله يفعل ذلك، اسوة بالنبى صلى الله عليه وسلم، فقد رآه رجل فهابه، فقال له النبى صلى الله عليه وسلم : هون

---

(١) نزهة الالباء (ص٣٥٨) رقم ١٥٠ .

عليك ، فانما انا ابن امرأة كانت تأكل القديد بمكة[١] . ا . هـ فذكره بوصف يستطيع معه ان يحس بشيء من التقارب بينه و بين الانسان النبي صلى الله عليه وسلم الذى كان ابن امرأة فقيرة من عامة الناس يضطرها فقرها لان تأكل اللحم اليابس المقدد ، اذ لاتستطيع الحصول على النيء منه في كل وقت .

ومما يذكر من تواضعه ، ماحكاه ابو البركات عبد الوهاب بن المبارك الانماطي قال : كان الشيخ يتوضأ في الشط ، فنزل المشرعة[٢] يوما ، وكان يشك في غسل وجهه ، وتكرر ، حتى غسل نوبا ـ جمع نوبة وهي المرة ـ عدة ، فوصل اليه بعض العوام ، وقال : ياشيخ اما تستحي . تغسل وجهك كذا وكذا نوبة ، وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم : من زاد على الثلاث فقد اسرف[٣] .

فقال له الشيخ : لوصح لي الثلاث مازدت عليها . فمضى ـ الرجل ـ وخلاه .

---

(١) انظر الشفا بتعريف حقوق المصطفى (١ : ١٣٣) .

(٢) هي مورد الشاربين من النهر . انظر المختار (ص ٣٣٥) .

(٣) رواه النسائي (١ : ٨٨) كتاب الطهارة ، باب الاعتداء في الوضوء عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده قال : جاء اعرابي الى النبي صلى الله عليه و سلم يسأله عن الوضوء فاراه الوضوء ثلاثا ثلاثا ، ثم قال : هكذا الوضوء فمن زاد على هذا فقد اساء وتعدى و ظلم . ا . هـ

فقال له واحد : ايش قلت لذلك الشيخ الذى كان يتوضأ .

فقال الرجل : ذاك شيخ موسوس، قلت له كذا على كذا .

فقال له : يارجل اما تعرفه .

فقال : لا .

قال : ذاك امام الدنيا وشيخ المسلمين ، ومفتى اصحاب الشافعى .

فرجع ذلك الرجل خجلا الى الشيخ ، وقال : ياسيدى تعذرنى فانى قد اخطأت وماعرفتك[1] .

فقال الشيخ : الذى قلت، صحيح . فانه لايجوز الزيادة على الثلاث، والذى اجبتك به ايضا صحيح ، لو صح لى الثلاث، مازدت عليها[2] . ا.هـ

واما طرحه للتكلف، فمما يحكى عنه فيه، ماقاله القاضى ابو بكر محمد بن عبد الباقى الانصارى : حملت فتوى الى الشيخ ابى اسحاق فرأيته فى الطريق ، فمضى الى دكان خباز او بقال ، واخذ قلمه ودواته ، وكتب جوابه ، ومسح القلم فى ثوبه[3] . ا.هـ

---

(١) ارأيت، كيف ان العامى لايعتبر رأيه اذ حكم على الامام بالوسوسة . وانه خاضع لتوجيه الغير، فقد غير رأيه بعد ان عرفه به من علم قدر الشيخ .

(٢) طبقات ابن السبكى (٣ : ٩٥) .

(٣) تهذيب النووى (٢ : ١٧٣) ، المجموع (١ : ٣٣) .

قلت : فلعل الشيخ لم يجد مايمسح به قلمه ، فمسحه بثوبه طارحا تكلف المحافظة على اناقة مظهره ، ماد ام ان الحبر ليس بنجس.

واعجب من ذلك ، انه ربما وضع قرص الخبز فى كمه ، حتى وان ذهب الى مجامع الناس من الاعيان فضلا عن العامة ، فقد " حضر يوما الديوان ، فناظر مع ابى نصر ابن القشيرى ، فاحس - ابن القشيرى - فى كمه -اى الشيخ ابى اسحاق - بثقل فقال له : ياسيدى ماهذا؟ فقال -الشيخ - : قرصتى الملاح" [1] .

---

(١) المنتظم (٩ : ٦) . ولعل الصواب : قرصتاى المليحتان .

المطلب السادس: جرأته في الحق

لم يكن الشيخ ابو اسحاق ممن يداهن في الحق، خوفا على نفس او جاه، فانه يعلم ان الاعمار بيد الله، وان نفسا لن تموت قبل اجلها، وان الارزاق بيد الله، وان احدا لايمكنه ان يمنعه شربة ماء كانت مكتوبة له، ويعلم ان الجاه ظل زائل، وانما جاءه الجاه والشهرة والمكانة، بسبب ماكان من اخلاصه، في علمه وعمله، وانه اذا داهن حفاظا على ذلك الجاه، فانما يعمل بذلك في الحقيقة على زواله، لانه من عند الله وماعند الله لايطلب ولايستدام بمعصية الله، ولذلك كان حريصا على قولة الحق للناس كافة، على اختلاف طبقاتهم. وعلى رأسهم الحكام ذووا السلطة والسنان. الذين جرت العادة بالخوف منهم، ومداهنتهم، فمن لم يخف منهم، فاولى به ان لايخاف من غيرهم.

والشيخ رحمه الله لم يكن يهاب الحكام، فاحترموه، وكان له في نفوسهم مكانة كبيرة، واحترام عظيم.

نقل ابن السبكي عن ابن الصلاح من خطه، " انه لما توفى قاضي القضاة ابو عبد الله الحسين بن جعفر بن ماكولا ببغداد، اكره القائم بامر الله الشيخ ابا اسحاق الفيروز ابادى على ان يتقلد له النظر في الاحكام والمظالم شرقا وغربا، فامتنع. فوكل به - اى من يقنعه بذلك ترغيبا او ترهيبا - فكتب - الشيخ اليه - : الم يكفك ان هلكت حتى تهلكني معك. فبكى القائم بامر الله، وقال : هكذا

فليكن العلماء، انما اردنا ان يقال : انه كان فى عصرنا من وكل بـه واكره على القضاء فامتنع، وقد اعفيناه[1] . ا . هـ

ولقد جامل الكثيرون من اهل العلم فى عصره الوزير نظـام الملك، حين عدد خيراته ومنجزاته التى عم بخيرها الخلائـق وذكر ماهو عليه من الالتزام بالعدل فى الرعية، واجتناب المعاصـى واستفتى العلماء فى ذلك : هل يعد بهذا كله من اهل الجنة ؟

فاجابوه بانه من اهل الجنة، فلما طالع جوابهم، قال - وهـو الذى خبر الناس ولديه اخبار العامة والخاصة - لا يطمئن قلبى بهـذا الا ان يكتب عليه الشيخ الامام ابو اسحاق، لما عرف من ورعه وجرأتـه فى الحق .

فكتب عليه : الحسن خير الظلمة . وكان اسم نظام الملـك: الحسن . فلما طالعه نظام الملك قال : صدق الشيخ، هذا هـو الجواب . واوصى بان تجعل صورة من جواب الشيخ فى كفنه - اى نظام الملك - فلما قتل السلطان نظام الملك، فعلوا ما اوصى به، فرآه بعض الصالحين فى المنام، فسأله عن حاله، فقال : قد وهبنى اللـه مافعلت من المعاصى، وقال : قد وهبناك لاجل سبق قلم الشيـخ لك بالخير .

فكانت هذه الحادثة منقبة عظيمة للشيخ رضى الله عنه[2] .

---

(١) طبقات ابن السبكى (٣ : ٩٩) .

(٢) انظر مفتاح السعادة (٢ : ٣١٩) والتى تليها .

قلت : وهى منقبة ايضا لنظام الملك ، اذ لم تأخذه العــــزة بالاثم ، فحين عرف صدق لهجة الشيخ انصاع للحق ، واعترف به ، ويـــوم ان يكون فى امتنا مثل الشيخ ابى اسحاق فى صدق اللهجة ، والنصح للحاكم بقصد تقويمه ، لابقصد التشنيع عليه لفضحه وتأليب الناس عليـــه - مالم يكفر بقول او فعل - سيكون فيها حينذاك مثل نظام الملك فـــى سماع كلمة النصح و الاعتراف بالحق وتقدير اهله .

المطلب السابع : مجلس الشيخ ابي اسحاق

لم يكن الشيخ ابو اسحاق على ماجبل عليه من الجد والنشاط والتفاني فى الامال العالية والاهداف السامية التي تتطلب الحزم والعزم، مقطبا ولامتجهما ، بل كانت اساريره ومعالم وجهه تتهلل للحدث المفرح وتتفرد للخبر السعيد ، واذا جالس اقرانه وتلاميذه تباسط معهم وادخل السرور الى قلوبهم، " فكان يحكي الحكايات الحسنة والاشعار المستبدعة المليحة، وكان يحفظ منها كثيرا"[(١)] ، مما يزيد الالفة به والقرب منه ، فتنفتح له القلوب ليلقى فيها من علمه مايفتح الله به عليه ، ومن ثم يقوم الطلبة بنشره فى بلادهم اذا رجعوا اليها ، وفى محيطهم اذا اووا الى اقرانهم .

حكى ابو نصر احمد بن محمد بن عبد القاهر الخطيب الموصلي قال : لما جئت الى بغداد ، قاصدا الشيخ ابا اسحاق ، رحب بي وقال : من اى البلاد انت، فقلت : من الموصل ، فقال : مرحبا ، انت بلديّ[(٢)] . فقلت : ياسيدى انا من الموصل وانت من فيروز اباد ، فقال: ياولدى ، اما جمعتنا سفينة نوح[(٣)] .

---

(١) المجموع(١ : ٣٣) ، التهذيب (٢ : ١٧٣) .

(٢) اى انا واياك من بلد واحد .

(٣) اى فكانت للمؤمنين جميعا وطنا واحدا . وهو يشير بذلك الى قوله تعالى (قلنا احمل فيها من كل زوجين اثنين واهلك الا من سبق عليه القول و من آمن) سورة هود : ٤٠ .

وكان يضفي على طلبته من معاني الرأفة و الرحمة و الشعور بالقربى منه ، فيقول :" من قرأ عليّ مسألة فهو ولدي"[١] .

واذا سأله بعض طلبته سؤالا غير وجيه ، او في غير محله لم يعنفه ولم يقس عليه . وانما يكتفي من ذلك بقوله :

سارت مشرقة و سرت مغربا شتان بين مشرق ومغرب[٢]

وهو اذ يتخلق بكل ذلك ، انما يفعله اقتداء بهدي رسول الله صلى الله عليه و سلم ، فما كان احد اكثر جدية من رسول الله صلى الله عليه وسلم و لا اكثر حزما واهتماما بالامور جليلها ودقيقها منه ، ومع ذلك فقد كان يبتسم و يباسط اصحابه ، ويمازحهم و لايقول مع ذلك الا حقا ، جاءته امرأة و قد كبر سنها ، فقال لها : لاتدخل الجنة عجوز ، فحزنت ، فقال لها : الم تقرئي قول الله تعالى (انا انشأناهن انشاء فجعلناهن ابكارا عربا اترابا)[٣] اي متساوون في سن الشباب كما قال انس و ابن عباس ومجاهد والحسن وعكرمة[٤] .

وكان يقول صلى الله عليه و سلم : بشروا ولا تنفروا ويسروا ولا تعسروا[٥] . وقد خدم انس بن مالك رسول الله صلى الله عليه و سلم

---

(١) طبقات ابن السبكي (٣ : ٩٤) .

(٢) طبقات ابن السبكي (٣ : ٩٥) .

(٣) سورة الواقعة : ٣٧

(٤) روح المعاني (٢٧ : ١٤٢) .

(٥) رواه مسلم (٣ : ١٣٥٨) كتاب الجهاد والسير باب في الامر بالتيسير وترك التنفير . رقم (٦) .

عشر سنين فما قال له في شيء : افعله ، ولم يفعله ، لم لم تفعله
ولا قال له في شيء : لا تفعله ، وفعله ، لم فعلته .

وبالجملة فهذه اخلاق المؤمنين التي حض عليها الله تعالى بقوله : (محمد رسول الله ، والذين معه اشداء على الكفار رحماء بينهم)[١] فكم حرى بعلماء امتنا ودعاتها ان يتخلقوا بذلك ، اذن لافلحوا .

وقد اجمل لنا الحافظ ابو سعد السمعاني اوصاف الشيخ ابي اسحاق بعبارة موجزة مستوعبة ، فقال : كان زاهدا ورعا متواضعا متخلقا ظريفا كريما سخيا ، جوادا ، طلق الوجه ، دائم البشر حسن المجالسة مليح المحاورة[٢] . ا . هـ

وقال السمعاني في موضع آخر ايضا : كان يكثر مباسطة اصحابه بما سنح له من الرجز ، وكان يكرمهم و يطعمهم[٣] . ا . هـ

فياليتنا نتحلى بصفات سلف امتنا الحسنة من الايمان والعمل الصالح ومن قمة العمل الصالح الاخلاق الحسنة ، والسلوك الطاهر ولذلك فقد قال صلى الله عليه و سلم : (انما بعثت لاتمم مكارم الاخلاق)[٤].

---

(١) سورة الفتح : ٢٩

(٢) المجموع (١ : ٣٣) ، تهذيب النووي (٢ : ١٧٣) .

(٣) نفس المصدر .

(٤) اورده مالك في الموطأ بلاغا ، عن النبي صلى الله عليه وسلم قال ابن عبد البر : هو متصل من وجوه صحاح عن ابي هريرة وغيره مرفوعا . انظر المقاصد الحسنة (ص ١٠) رقم ٢٠٤ .

وقال شوقي :

انما الامم الاخلاق مابقيـــت   فان همو ذهبت اخلاقهم ذهبوا

وبدون ذلك نصبح فتنة للذين كفروا ، وأداة صد عن دين الله فان المبدأ الذى لا يدعمه العمل به ، لا يبقى له فى قلوب الاخريـــن صدى فيحترمونه .

الفصل الثالث

حياة الشيخ أبي إسحاق العلمية

(ويتكون من ثمانية مطالب)

المطلب الأول : في همته في الطلب

المطلب الثاني : في جدله

المطلب الثالث : في مكانته

المطلب الرابع : في عقيدته

المطلب الخامس : في شعره

المطلب السادس : في مشايخه

المطلب السابع : في تلاميذه

المطلب الثامن : في مؤلفاته

المطلب الاول : فى بيان همة الشيخ ابى اسحاق فى طلب العلم

كان رحمه الله عظيم الهمة فى الدرس والتحصيل ، لا يمل من كثرة الرد والاعادة ليرتسم فى ذهنه المعنى المطلوب، فلا يبرحه بعد وعن ذلك يحدثنا بنفسه فيقول : كنت اعيد كل قياس الف مرة (١) فاذا فرغت منه ، اخذت قياسا آخر، وكنت اعيد كل درس الف مرة، فاذا كان فى المسألة بيت يستشهد به حفظت القصيدة (٢) . ا.هـ حتى كان يعجب له من يشاهده كيف يطيق بذل كل ذلك الجهد ، دون كلل ولا ملل ، وكم صده ذلك عن تناول ماقد يشتهيه احيانا من الطعام وان كان حاضرا عنده ، قيل : انه اشتهى يوما ثريدا بماء الباقلاء فجيء به اليه ، فكان منه ماحدثناه ، بقوله : فما صح لى اكله لاشتغالى بالدرس، واخذى النوبة (٣) . ا.هـ

---

(١) المراد مطلق الكثرة لا العدد ، من باب قوله تعالى : (يود احدهم لو يعمر الف سنة) سورة البقرة : ٩٦ . والمراد بالقياس: مايكتب على اللوح ليحفظ ثم يمسح ويكتب محله غيره وهكذا .

(٢) طبقات ابن السبكى (٣ : ٩٠) ، تهذيب النووى (٢ : ١٧٣) ، المجموع (١ : ٣٢) .

(٣) طبقات ابن السبكى (٣ : ٩٠) ، تهذيب النووى (٢ : ١٧٣) . والمراد بالنوبة:تولى القراءة على الشيخ اثناء الدرس، وفى العادة ان يتولى ذلك انجب الطلبة وافصحهم لسانا واندامهم صوتا ، وقد يعتور عليها اكثر من قارئ .

ولقد كان يشفق عليه من يراه على تلك الحال ، من ذوبان قلبه[١] لما يجتمع عليه من عظيم الجهد ، وقلة الغذاء ، حتى نحل جسمه ولكن من غير ضعف ، لان الجسم الذى يحمل صاحبه همة عليه وغايات بعيدة ، تتجدد فيه الحيوية ، ويتفجر فيه النشاط ، حتى يألف الجوع و يألفه ، ولقد كان ذلك النشاط ينعكس على محياه و فى بريق عينيه ، وصفه بعض من شاهده فى تلك الحال ، فعبر عنها خير تعبير واصدقه ، فقال[٢] :

تراه من الذكاء نحيف جسم   عليه من توقده[٣] دليل

---

(١) انظر : طبقات ابن السبكى (٣ : ٩٠) .

(٢) هو شاعر بغداد المفلق آنذاك ، يقال له عاصم ، فيما حكاه عنه الشيخ ابو بكر محمد بن الوليد الطرطوشى . انظر وفيات الاعيان (١ : ٣٠) .

(٣) اى من بريق عينيه . فان ذلك يدل على الذكاء وجودة المزاج ، ويعرف ذلك بالفراسة الطبية ، ومثله ايضا الاستدلال بسعة الصدر على سعة الخلق والحلم ، وبصغر الرأس المفرط والخارج عن العادة على صغر العقل ، وهذه الفراسة واحدة من انواع ثلاث .

والثانية : فراسة رياضية : وهى التى تحصل بالجوع والسهر والزهد ، فان النفس اذا تجردت عن العوائق المادية من كثرة الطعام وتنويعه صار لها من الفراسة و الكشف بحسب تجردها منه . و هذا المعنى يشترك فيه المسلم والكافر .

وفراسة الساسة و الولاة من هذا النوع . =

اذا كان الفتى ضخم المعالي　　　فليس يضره الجسم النحيل[1]

ا . هـ

= والثالثة : فراسة ايمانية ، سببها نور يقذفه الله في قلب عبده . وحقيقتها : انها خاطر يهجم على القلب ، يثب عليه وثوب الاسد على فريسته ، ولهذا المعنى سميت فراسة . وهذه يختص بها المؤمن .

قلت : والدليل عليها قوله تعالى (واتقوا الله ويعلمكم الله والله عليم حكيم) سورة البقرة : ٢٨٢ . وقوله تعالى : (ان تتقوا الله يجعل لكم فرقانا) سورة الانفال : ٢٩ . انظر شرح العقيدة الطحاوية (ص٥٦٣) .

(١) وفيات الاعيان (١ : ٣٠) ، الفكر السامي (٢ : ٣٢٩) رقم ٧٩٣ .

المطلب الثاني : في جدل الشيخ ابي اسحاق

اما الجدل ، فقد كان للشيخ منه النصيب الاوفى ، بل كان فيه الاكفا ، ولا عجب ، فقد تمرس عليه وجربه منذ نعومة اظفاره ، ففاق فيه استاذه ، فضلا عن اقرانه ، فكأنما خلق للجدل ، او خلق الجدل له .

فهذا شيخه في شيراز ابو الفرج الفامي[1] ، الذى كان اماما في مذهب داود بن علي الظاهري ، والذى اخذ عنه فقهاء شيراز المذهب الظاهري ، والذى كان رأسا في الكلام على مذهب المعتزلة يخبرنا الشيخ ابو اسحاق بنفسه عن مناظرته اياه ، فيقول : كنت اناظره بشيراز وانا صبي[2] . ا . هـ

ولا زالت تلك الصفة تنمو فيه ، ويشتد عودها ، مع نمو علمه واشتداد صلبه ، حتى اصبحت صفة ملازمة له في التعريف به فيقال: العلامة المناظر اشتهر بقوة الحجة في الجدل والمناظرة[3] . ا . هـ فما كان يدخل معه احد في جدال الا كان للشيخ الغلبة فيه عليه ، حتى لكأنه ملك غابة الجدل والمناظرة ، وقد وصف ابن السبكي هذا الجانب منه ، فقال فيه : كان الشيخ ابو اسحاق غضنفرا[4] في المناظرة ، لا يصطلى

---

(١) ستأتي ترجمته عند الكلام عن مشايخه . رقم (٢) .

(٢) طبقات الفقهاء للشيرازي (ص١٧٩) .

(٣) الاعلام(١ : ٥١) .

(٤) اسم من اسماء الاسد .

له بنـــار.[1] ا.هـ

وعبر غيره عن هذا المعنى باسلوب آخر فقال : كان مفحمـــا لخصمه فى الجدل والمناظرة، ذاع صيته فى الافاق ،واشتهر بالجـدل والخلاف.[2] ا.هـ

ولذلك فقد جعله الناس اصلا يقاس عليه ، ومثلا يضرب فـــى القطع والبتر، قال سلار العقيلي ، اوحد شعراء عصره، يمدح سيفـــه بالمضاء، وجودة قطعه لاعناق الاعداء، وسهولة بتره لاطرافهم :

كفانى اذا عم الحوادث صـــارم ينيلني المأمول بالاثر والاثـــر[3]

يقد ويفـرى فى اللقـــاء كأنـــه لسان ابي اسحاق في مجلس النظر[4]

ا.هـ

فلا غرو اذن ، ان يتصدى الشيخ ابو اسحاق لمناظرة الخصـوم سواء كانوا من الموافقين لـه فى المذهب، لكنهم يخالفونه فى اختيـار قول فيه ، او فى ترجيح وجه على وجه آخر، او كانوا من المخالفـــين

---

(١) طبقات ابن السبكي (٣ : ٩٢) .

(٢) الفتح المبين (١ : ١٥٦) .

(٣) الاثر: بفتح الهمزة وتسكين المثلثة بوزن الامر، هو وشي السيف ويقال له فرند بكسر الاول والثاني . والاثر: بفتح الاول والثانـي مابقى من رسم الشئ وضربة السيف . انظر المختـار (ص ٥ ، ٥٠١) .

(٤) طبقات ابن السبكي (٣ : ٨٩) .

له في المذهب اصلا .

والناس في العادة يحرصون على انكار تفوق الخصم عليهم بكل وسيلة ، اما بانتحال الاعذار للنفس ، كما قال ابو الوليد الباجي حين ناظره ابو محمد بن حزم الظاهري ، فقطعه : اعذرني فان اغلب مطالعتي كانت على السرج - جمع سراج يريد انه لم تتهيأ له الظروف المادية الكافية ليستفيد من الوقت في الليل - .

فقال ابن حزم : بل اعذرني انا ، فان اغلب مطالعتي كانت على منابر الذهب و الفضة - يريد ان الغنى في العادة ابعد عن العلم على العكس من الفقير .

فالشيخ ابو اسحاق ، اذا ناظر لايدع لخصمه ادنى شبهة او عذر يتمسك به في الاعتذار عن انقطاعه في المناظرة ، فلايملك خصمه الا الاعتراف للشيخ بتفوقه عليه[1] .

وهو اذ يناظر الخصوم ، انما يروم نصرة مايراه في المسألة من حق ، ولذلك فقد ذكر في اول كتابه الملخص في الجدل جملا من الاداب للمناظرة واخلاص النية وتقديم ذلك بين يدي شروعه فيها قال النووي : وكان فيما نعتقده متصفا بكل ذلك[2] . ا.هـ

---

(١) في دائرة المعارف الاسلامية (١٤ : ٢٣) : وقد جرت بينه وبين امام الحرمين مناظرات اعترف فيها امام الحرمين بتفوقه عليه . ا.هـ

(٢) المجموع (١ : ٣٣) .

فممن ناظرهم من ائمة المذهب الشافعي واعترفوا له بالغلبة عليهم، الامام الكبير ابو المعالي الجويني امام الحرمين ، كان ذلك عند ما ارسل الخليفة المقتدى بامر الله الشيخ ابا اسحاق الى نيسابور لتقديم شكاية الخليفة من ابن جهير عميد العراق ، الى ملك شاه والوزير نظام الملك - كما سيأتي بيانه عند الكلام على مكانته العلمية - فجرت بينه وبين ابى المعالي اثناء الرحلة مناظرات علمية عديدة، نقل ابن السبكي منها أثنتين من خط الشيخ تقي الدين ابى عمرو بن الصلاح في مجموع له بذلك ، وهاك رأس المناظرتين :

المناظرة الاولى :

سئل فيها ابو المعالي ، عمن اجتهد في القبلة وصلى ، ثم تيقن الخطأ . فاجاب : بانه يجب عليه الاعادة .

واستدل لذلك : بانه تعين له يقين الخطأ في شرط من شروط الصلاة، فلزمه الاعادة، كما لو تيقن الخطأ في الوقت .

اعترض عليه الشيخ الامام ابو اسحاق بان قال : لا يجوز اعتبار القبلة بالوقت . فان امر القبلة اخف من امر الوقت، والدليل عليه شيئان :

احدهما : ان القبلة يجوز تركها في النافلة في السفر، والوقت لا يجوز تركه في النوافل المؤقتة، كصلاة العيد وسنة الفجر في السفر وان استويا في كونهما شرطين .

الشيء الثاني : ان القبلة يجوز تركها في الفرض في شدة الحرب، والوقت لا يجوز تركه في شدة الحرب في الفرض .

ثم اجاب ابو المعالي على ذلك الاعتراض، فرد عليه الامام الشيخ ، ودارت بينهما مناظرة طويلة ذكرها ابن السبكي في ثلاث صفحات[(١)] .

المناظرة الثانية :

سئل فيها الشيخ ابو اسحاق عن اجبار البكر البالغة في النكاح . فاجاب : بان للاب تزويجها بغير اذنها .

واستدل لذلك بانها" باقية على بكارة الاصل ، فجاز للاب تزويجها من غير اذنها ، اصله اذا كانت صغيرة" .

فقال السائل : جعلت صورة المسألة علة في الاصل ، وذلك لايجوز .

فقال ـ الشيخ ـ : هذا لايصح ،لثلاثة اوجه :

---

(١) انظر طبقات ابن السبكي (٣ : ٢٧٥) . ثم قال ابن السبكي في نهايتها اي في (ص٢٧٨) : قال ابن الصلاح : نقلتها من خط الشيخ ابي علي بن عمار ، وقال : نقلتها من خط رجل من اصحاب الشيخ ابي اسحاق وذكر في آخر الخط انه كتبها من خط الشيخ الامام ابي اسحاق ، وقوله ـ اي الشيخ ـ فيها ـ اي في المناظرة ـ فقلت له ـ اي لامام الحرمين ـ هذا حكاية قول الشيخ ابي اسحاق ، وقوله : فيها ـ اي في المناظرة ـ وهو ـ اي ابو اسحاق ـ دليل انها نقلت من خطه . ا . هـ

احدها : انى ماجعلت صورة المسألة علة فى الاصل ، لان صورة المسألة : تزويج البكر البالغة من غير اذن ، وعلتى : انها باقيـة على بكارة الاصل ، وليس هذا صورة المسألة ، لان هذه العلة غير مقصورة على البالغة ، بل هى عامة فى كل بكر ، ولهذا قيست علـى الصغيرة .

الثانى : قولك لايجوز ان تجعل صورة المسألة علة ، دعـوى لادليل عليها . وما المانع من ذلك .

الثالث : ان العلل شرعية ، كما ان الاحكام شرعية ، ولا ينكر فـى الشرع ان يعلق الشارع الحكم على الصورة مرة ، كما يعلق على سائـر الصفات ، فلا معنى للمنع من ذلك فان كان عندك انه لادليل علـى صحتها فطالبنى بالدليل على صحتها من جهة الشرع[1] .

فطالبه السائل بالدليل ، فاجاب الشيخ ، فاعترض ابوالمعالـى على ذلك ، ودارت بينهما مناظرة قوية ، ذكرها ابن السبكى فـى نحو ثلاث صفحات ايضا[2] .

قد يقال : ان غلبته على ابى المعالى وغيره من الشافعيـة لايكفى فى الدلالة على تقدمه فى المناظرة والجدل على غيره مـن الانداد والمشايخ ، لان الغلبة على مناظر حنفى تقتضى الوقوف علـى

---

(١) طبقات ابن السبكى (٣ : ٢٧٨) .

(٢) انظرها كاملة من (ص ٢٧٨ - ٢٨٠) .

دقائق مذهب الحنفية و الاحاطة به .

لكن الاجابة على ذلك ميسورة . فان الشيخ الامام كان معروفا بالاحاطة فى علم الخلاف وضبطه ضبطا يعز نظيره فى غيره ، ولذلك قيل :" انه كان يحفظ مسائل الخلاف كما يحفظ احدكم الفاتحة"[١] .

ولعل ابن الصباغ وهو منافسه الوحيد فى عصره ، والذى كان يشابهه في العلم والتأليف والتلاميذ والاتقان ، لم يجد مدخلا للقدح فيه الا الادعاء بانحصار علمه فى مسائل الخلاف ، ولهذا كان يقول :" اذا اصطلح الشافعي وابو حنيفة ذهب علم ابى اسحاق الشيرازى ، يعني ان علمه هو مسائل الخلاف بينهما فاذا اتفقا ارتفع علمه"[٢] وقد كان لابى اسحاق صولات و جولات فى المناظرة مع الحنفية ، حكى لنا الامام ابو الوليد الباجي المالكى الاندلسى صاحب المنتقى وهو شرح لموطأ مالك ، وقد كان فى بغداد ، خلال رحلة طويلة فى طلب العلم من الشرق ، استغرقت نحو ثلاثة عشر عاما اخذ خلالها الفقه عن الشيخ الامام ابى اسحاق وغيره[٣] ، حكى ابو الوليد احدى هذه المناظرات فقال : العادة ببغداد ان من اصيب بوفاة احد ممن يكرم عليه ، قعد اياما فى مسجد ربضه ، يجالسه فيها جيرانه واخوانه ، فاذا مضت ايام عزوه[٤] ، وعزموا عليه فى التسلى

---

(١) طبقات ابن السبكى (٣ : ٩٢) .

(٢) طبقات ابن السبكى (٣ : ٩٢) .

(٣) انظر الديباج المذهب (ص ١٢٠) .

(٤) لعلها : عزائه .

والعودة الى عادته من تصرفه ، فتلك الايام التي يقعد فيها في
مسجده للعزاء مع اخوانه و جيرانه ، لا تقطع في الاغلب الا بقراءة
القرآن او بمناظرة الفقهاء في المسائل ، فتوفيت زوجة القاضي ابي
الطيب الطبري ، وهو شيخ الفقهاء ، ذلك الوقت ببغداد وكبيرهم
فاحتفل الناس بمجالسته ، ولم يكد يبقى احد منتم الى علم الاحضر
ذلك المجلس ، وكان ممن حضر ذلك المجلس القاضي ابو عبد الله
الصيمري ، وكان زعيم الحنفية و شيخهم ، وهو الذي كان يوازي ابا
الطيب في العلم و الشيخوخة والتقدم ، فرغب جماعة من الطلبة الى
القاضيين ان يتكلما في مسألة من الفقه يسمعها الجماعة منهما
وتنقلها عنهما ، وقلنا لهما : ان اكثر من في المجلس غريب ، قصد الى
التبرك بهما ، والاخذ عنهما ، ولم يتفق لمن ورد منذ اعوام جمة
ان يسمع مناظرتهما ، اذ كانا قد تركا ذلك منذ اعوام ، وفوضا الامر في
ذلك الى تلاميذهما ، ونحن نرغب ان يتصدق على الجميع بكلامهما
في مسألة يتجمل بنقلها وحفظها وروايتها .

فاما القاضي ابو الطيب فاظهر الاسعاف بالاجابة ، واما القاضي
ابو عبد الله فامتنع من ذلك ، وقال : من كان له تلميذ مثل ابي عبد الله
يريد الدامغاني لا يخرج الى الكلام وها هو حاضر ، من اراد ان يكلمه
فليفعل .

فقال القاضي ابو الطيب عند ذلك : وهذا ابو اسحاق من
تلامذتي ينوب عني .

فلما تقرر الامر ، انتدب شاب من اهل كازرون ، يدعى ابا الوزير

يسأل اباسحاق الشيرازى : الاعسار بالنفقة ، هل يوجب الخيار للزوجة ؟

فاجابه الشيخ : انه يوجب الخيار، وهو مذهب مالك ، خلافا لابى حنيفة في قوله : انه لا يوجبه لها .

فطالبه السائل بالدليل على صحة ماذهب اليه .

فقال الشيخ ابو اسحاق : الدليل على صحة ماذهبت اليه: ان النكاح نوع ملك ، يستحق به الانفاق ، فوجب ان يكون الاعسار بالانفاق يؤثر فى ازالته ، كملك اليمين .

فاعترضه السائل باعتراضات . ووقع ـ لابى اسحاق ـ الانفصال عنها .

ثم تناول الكلام على وجه النيابة عنه ـ اى عن السائل ـ وهو الذى يسميه اهل النظر: المذنب، الشيخ ابو عبد الله الدامغانى فقال : هذا غير صحيح (١) .

ثم ذكر وجه عدم صحته ، فرد عليه الشيخ ابو اسحاق ، وهكذا جعلا يتحاوران و يتبادلان الاعتراض والاعتراض المضاد ، الى ان كانت الكلمة الاخيرة فى ذلك للشيخ ابى اسحاق رحمه الله ، فوقعت المناظرة بينهما فيما يزيد على اربع صفحات .

وايضا فقد نشبت بين الشيخ ابى اسحاق و ابى عبد الله الدامغانى مناظرة اخرى ، وقد اجتمعا فى عزاء ببغداد ، حيث "سئل

---

(١) طبقات ابن السبكى (٣ : ١٠٥) والتى تليها .

(٢) انظرها كاملة من (ص١٠٥ - ١٠٩) .

الشيخ ابو اسحاق عن الذمى اذا اسلم هل تسقط عنه الجزية لما مضى . فمنع من ذلك ، وهو مذهب الشافعى ، فسئل الدليل فاستدل على ذلك : بان احد الخراجين اذا وجب فى حال الكفر لم يسقط بالاسلام ، اصله خراج الارض .

فقال الشيخ ابو عبد الله محمد بن على بن محمد الدامغانى لا يمتنع ان يكون نوعان من الخراج ثم يشترط فى احدهما مالا يشترط فى الاخر كما ان زكاة الفطر وزكاة المال نوعان من الزكاة ، ثم يشترط فى احدهما النصاب ، ولا يشترط فى الاخر .

والسؤال - اى الاعتراض - الثانى : لا يمنع ان يكون حقان متعلقان بالكفر احدهما يسقط بالاسلام والاخر لا يسقط ، الا ترى ان الاسترقاق والقتل حقان متعلقان بالكفر ، ثم احدهما يسقط بالاسلام وهو القتل ، والاخر لا يسقط بالاسلام وهو الاسترقاق .

والسؤال - اى الاعتراض - الثالث : المعنى فى الاصل : ان الخراج يجب بسبب التمكن من الانتفاع بالارض ويجوز ان يجب بمثل هذا السبب حق عليه فى حال الاسلام ، وهو العشر ، فلهذا جاز ان يبقى ماوجب عليه منه حال الكفر ، وليس ذلك هاهنا ، لانه ليس يجب بمثل سببه حق فى الاسلام ، فلهذا سقط ماوجب فى حال الكفر .

فقال الشيخ ابو اسحاق على الفصل الاول وهو اعتبار نصاب فى زكاة المال دون زكاة الفطر ثلاثة اشياء :

احدها : ان ماذكرت حجة لنا ، لان زكاة الفطر ، وزكاة المال لما كان سبب ايجابهما الاسلام ، والكفر ينافيهما ، كان تأثير الكفر فى

اسقاطهما مؤثرا واحدا ، حتى انه اذا وجبت عليه زكاة الفطر وارتد عند هم سقط عنه ذلك ، كما اذا وجبت عليه زكاة المال ثم ارتد سقطت عنه الزكاة ، فكان تأثير الباقي في اسقاطهما على وجه واحد فكذلك ههنا ، لما كان سبب الخراجين هو الكفر ، والاسلام ينافيهما فيجب ان يكون تأثير الاسلام في اسقاطهماواحدا ، وقد ثبت ان احد هما لا يسقط بالاسلام ، فكذلك الاخر .

جواب ثان : ان الزكاتين افترقتا ، لان زكاة الفطر فارقت سائر الزكوات في تعلقها بالذمة ، ففارقتها في اعتبار النصاب ، وليس كذلك الخراجان ، فانهما سواء في اعتبار الكفر في وجوبهما ومنافاة الاسلام لهما ، فلو سقط احد هما بالاسلام سقط الاخر .

جواب ثالث : وهو ان زكاة الفطر لا تزداد بزيادة المال فلهذا لم يعتبر فيها النصاب ، وليس كذلك سائر الزكوات ، فانها تختلف باختلاف المال ، وتزداد بزيادته ، فلهذا اعتبر فيها النصاب واما حال الخراجين فانهما على ماذكرت سواء ، فوجب ان يتساويا في الاسلام .

واما الفصل الثاني : وهو القتل و الاسترقاق . فالجواب عنه من وجهين :

احدهما : ان القتل و الاسترقاق جنسان مختلفان ، ومع اختلاف الاجناس يجوز ان يختلف حكمهما .

والثاني : الاسترقاق اذا حصل في حال الكفر ، كان مابعد الاسلام استدامة للرق وبقاء عليه ، وليس كذلك القتل ، فانه ابتداء عقوبة

فجاز ان يختلفا ، واما فى مسألتنا فحال الخراجين واحدة ، من استيفاء ماتقدم وجوبه ، فاذا لم يسقط احدهما لم يسقط الاخر .

واما الفصل الثالث : وهو المعارضة ، فالجواب عنه من وجهين :

احدهما : ان قال ـ الشيخ ابو اسحاق وقائل ذلك هو راوى المناظرة ـ لا اسلم هل بسبب الخراج يجب على المسلم حق ، فان الخراج انما وجب بسبب التمكن من الانتفاع مع الكفر . والعشر انما لزم للارض بحق الله ، وهو الاسلام .

والثانى : انه ان كان هناك حق يجب بمثل سبب الخراج ، فيحسن ان يجرى عليه الذى فى حال الاسلام ، فلهذا جاز ان يبقى ماتقدم وجوبه فى حال الكفر ، فكذلك فى مسألتنا يجب بمثل سبب الجزية حق ، حتى يجرى عليه فى حال الاسلام ، وهو زكاة الفطر ، فان زكاة الفطر تجب على الرقبة ، فيجب ان الجزية تجب عن الرقبة ، وان يبقى ماوجب من ذلك فى حال الكفر ، فلا فرق بينهما"[1] .

ثم اجاب الدامغانى على كلام الشيخ ابى اسحاق المذكور ، فرد عليه ابو اسحاق . وهكذا جعل كل منهما يورد الاعتراض على خصمه ويرد على اعتراضه ، حتى رست نهاية المناظرة على قول الشيخ ابى اسحاق . فوقعت المناظرة فى خمس صفحات وثلث الصفحة تقريبا[2] .

---

(١) طبقات ابن السبكى (٣ : ١٠٠) والتى تليها .

(٢) انظرها كاملة فى طبقات ابن السبكى (٣ : ١٠٠ - ١٠٥) .

فلا عجب بعد هذا ان نرى التاج السبكى ينتفض للرد على من يسوى بين الشيخ ابى اسحاق وابن الصباغ فى علم الخلاف والجدل بقوله :" واما المختلف - الخلافيات - فما كان احد يضاهى ابا اسحاق فى عصره"[(١)] . ا.هـ

وهو اذ يبذل كل هذه الجهود الفكرية، ليبنى حول الفقه الشافعى حصونا ويحيك له سياجا من الحجج والبراهين النقلية والعقلية، ليدفع بها عنه شبه المخالفين ، ويرد عنه بها اعتراضات الخصوم ، فادى بذلك خدمة للمذهب عظيمة التأثير فى انتشاره فى اوساط المذاهب الاخرى ، وتقوية الثقة به فى اوساط الاتباع .

---

(١) طبقات ابن السبكى (٣ : ٢٣١) .

المطلب الثالث : مكانة الشيخ ابى اسحاق العلمية

كان الشيخ ابو اسحاق رحمه الله قد ضرب فى مختلف العلوم والفنون بسهم وافر، حتى برّز به الاقران بل وقارن الاشياخ ، وربما فاق بعضهم، حتى اضحى امام المذهب فى وقته . " فكانت الطلبة ترحل من الغرب والشرق اليه ،والفتاوى تحمل من البر والبحر الى بين يديه ، والفقه تتلاطم امواج بحاره ، ولا تستقر الا لديه ، ويتعاظم لابس شعاره[1]، الاعليه . حتى ذكروا انه كان يجرى مجرى ابن سريج فى تأصيل الفقه وتفريعه ويحاكيه فى انتشار الطلبة فى الربع العامرجمعيه"[2].

ولقد حدثنا هو رحمه الله بنفسه عن كثرة تلاميذه ، وانتشارهم فى خراسان ، وتبوئهم مختلف المناصب العالية هناك ، فقال[3]: خرجت الى خراسان فما بلغت بلدة و لاقرية، الا وكان قاضيها او مفتيها

---

(١) اى علامة العلم التى يعرف بها صاحبها انه من العلماء كالعمائم و الطيالس ونحو ذلك ، وهذا الشعار يختلف من بلد لاخر، ومن زمن لاخر، قال فى المختار(ص٣٣٩) : شعار القوم فى الحرب : علامتهم ليعرف بعضهم بعضا . ا.هـ

(٢) طبقات ابن السبكى(٣ : ٨٩) .

(٣) يوم ان بعثه الخليفة العباسى المقتدى بامر الله الى خراسان ليوصل شكاية الخليفة الى السلطان ملك شاه ونظام الملك ، ضد العميد ابى الفتح ابن ابى الليث، عميد العراق .

او خطيبها تلميذى او من اصحابى[1] . ا.هـ

ولما احس منه اهل زمانه بذلك التفوق والتوفيق ، جعلوا يعترفون له بالفضل والسبق عليهم ، بعد ان تجاوز القرين والند مرحلة الحسد الى الاغتباط لاعترافهم بالعجز عن اللحاق به ، اذ اصبح بينه وبينهم المراحل والمفاوز ، التى دونها فناء الاعمار ، مهما تعاقب الليل والنهار .

قال الامام الحافظ ابو سعد السمعانى[2] : كان الشيخ ابواسحاق امام الشافعية والمدرس - الاكفأ - ببغداد فى النظامية ، شيخ الدهر وامام العصر ، رحل اليه الناس من الامصار ، وقصدوه من كل الجوانب والاقطار[3] . ا.هـ

وقال فيه محب الدين بن النجار فى تاريخ بغداد[4] : امام اصحاب الشافعى ، ومن انتشر فضله فى البلاد ، وفاق اهل زمانه بالعلم والزهد ، واكثر علماء الامصار من تلامذته[5] . ا.هـ

والامام ابو بكر محمد بن على بن حامد الشاشى وهو احد تلاميذه وقد خبره و خبر غيره بالجلوس اليه واليهم فوازنه بغيره ، فوجده

---

(١) طبقات ابن السبكى (٣ : ٨٩) .

(٢) وهو احد تلاميذه .

(٣) تهذيب النووى (٢ : ١٧٣) ، المجموع (١ : ٣٣) .

(٤) من علماء الشافعية . انظر طبقات ابن السبكى (٥ : ٤١) .

(٥) وفيات الاعيان (١ : ٣٠) .

اهلا لان يقول فيه : الشيرازى حجة الله على ائمة العصر[1]. ا. هـ

بل قال فيه الامام ابو الحسن الماوردى[2] صاحب الحاوى وقد اجتمع بالشيخ وسمع كلامه فى مسألةٍ : مارأيت كابى اسحاق ، لو رآه الشافعى لتجمل به[3] . ا. هـ

فان قلت : هؤلاء شافعيون ، فقد تحملهم محبة المذهب على المبالغة فى مدح اصحابهم .

قلت : ورعهم يمنعهم من ذلك ، وان سلم ، فهاك اعتراف امام اصحاب الرأى وهم خصوم الشافعية فى الفقه ، الامام الموفق الحنفى اذ يقول فيه : ابو اسحاق ، امام المؤمنين فى الفقهاء[4]. ا. هـ والفضل ماشهدت به الخصوم .

بل شارك فى مدحه السياسيون ، وهم فى غالب الاحيان يحرصون على عدم التحيز الى طرف دون آخر ، لتبقى لهم المكانة عند الجميع ، فهذا عميد الدولة ابن جهير الوزير[5] يقول : هو وحيد عصره ، وفريد دهره[6] . ا. هـ ففضله على من عداه مطلقا .

---

(١) طبقات ابن السبكى (٣ : ٩٤) .
(٢) وقد نقل الشيخ ابواسحاق لهاقوالا فى المهذب فى الجزء الثانى (ص٢٢٦) .
(٣) طبقات ابن السبكى (٣ : ٩٤) .
(٤) طبقات ابن السبكى (٣ : ٩٥) .
(٥) وهو من تلاميذ الشيخ ابى اسحاق .
(٦) طبقات ابن السبكى (٣ : ٩٥) .

فاذا قال فيه ابن السبكي بعد ذلك : كان الشيخ ابواسحاق مجمعا عليه من اهل عصره علما ودينا . ا.هـ كان هذا منه كلاما مقبولا قطعا .

واذا كانت هذه مكانته ، فلاغرو اذن ان يبعثه الخليفة العباسي المقتدي بامر الله - وكان كبير الاجلال للشيخ ابي اسحاق وكان الشيخ ابو اسحاق سببا في جعله خليفة[(١)] - يوم ان تشوش من العميد ابي الفتح بن ابي الليث، عميد العراق ، برسالة الى السلطان ملك شاه و نظام الملك ، تتضمن الرسالة شكوى الخليفة من العميد ، بعد ان شافه الخليفة الشيخ ابا اسحاق بالشكوى ، وان اهل البلد حصل لهم الاذى به ، وامره بـ الخروج الى العسكر وشرح الحال بين يدي السلطان ، وبين يدي الوزير نظام الملك ، فتوجه الشيخ ومعه جمال الدولة عفيف، وهو خادم من خدام الخليفة[(٢)] .

قال ابو الحسن الهمداني : وكان عند وصوله الى بلاد العجم يخرج اهلها بنسائهم واولادهم ، فيمسحون اردانه ، ويأخذون تراب نعله ، ويستشفون به ، وكان يخرج من كل بلد اصحاب البضائع

---

(١) طبقات ابن السبكي (٣ : ٩٢) ، واما كونه سببا في ذلك فلانه من اوائل من بايعه. انظر الكامل (١٠ : ٩٦) .

(٢) انظر طبقات ابن السبكي (٣ : ٩٠) ، الكامل (١٠ : ١٢٥) ذكر ذلك في حوادث سنة خمس وسبعين واربعمائة للهجرة في ذي الحجة . و هو موافق مايو سنة ثلاث وثمانين والف للميلاد كما في دائرة المعارف الاسلامية (١٤ : ٢٣) . وقد اوفده الى =

بضائعهم، وينشرونها مابين حلوى وثياب وفراء، وغير ذلك، وهوبينهاهم حتى انتهوا الى الاساكفة، فجعلوا ينثرون المتاعات و هى تقع على رؤوس الناس، والشيخ يتعجب. (١) ا.هـ

ولما التقى بالسلطان ونظام الملك اكرماه، وجرى بينه وبين امام الحرمين ابى المعالى الجوينى مناظرة بحضرة الوزير نظام الملك.

وعن نتيجة تلك الرحلة يقول ابن الاثير : واجيب ـ الشيخ ـ الى جميع ما التمسه، ولما عاد ـ الشيخ ـ اهين العميد ـ ابو الفتح ـ وكسر عما كان يعتمده، ورفعت يده عن جميع مايتعلق بحواشي الخليفة. (٢) ا.هـ

وقد بقيت منزلة الشيخ عظيمة لدى الوزير نظام الملك الذى بنى المدرسة النظامية فى بغداد ليتولى الشيخ التدريس والادارة فيها (٣) فلما توفى الشيخ ابو اسحاق وعين مؤيد الملك وهو احد ابناء نظام الملك مكان ابى اسحاق الامام ابا سعد المتولى، انكر نظام الملك ذلك وكتب يقول : كان من الواجب ان تغلق المدرسة سنة لاجله وزرى على من تولى موضعه. (٤) ا.هـ

= نيسابور، وكان ذلك قبل وفاة الشيخ ابى اسحاق بعام واحد فقط.

(١) طبقات ابن السبكى (٣ : ٩١) .

(٢) الكامل (١٠ : ١٢٦) .

(٣) بناها له على نهرالمعلى فى بغداد . انظر المنتظم (٩ : ٦) .

(٤) وفيات الاعيان (١ : ٣١) .

المطلب الرابع : في عقيدة الشيخ ابي اسحاق

ثمة نصوص واقوال متناثرة في بطون تراجمه ، تفيد بان الشيخ ابا اسحاق كان اشعريا في عقيدته .

كما ان هناك نصوصا اخرى تفيد انه لم يكن على عقيدة الاشاعرة بل كان مناقضا لها ورادا عليها ، وانه كان يقول بماكان عليه الامام احمد بن حنبل في باب الاعتقاد . فناسب ان يكون هذا المطلب في مبحثين ، ثم اتبعهما بثالث ابين فيه الراجح من هذين الرأيين :

المبحث الاول : في ذكر مايفيد انه كان اشعريا

وقع لي من ذلك حتى الان ستة ادلة يمكن ان يستفاد منها ان الشيخ ابا اسحاق كان اشعرى المعتقد ، هي :

الاول :

معلوم ان للشيخ ابى اسحاق صلة وثيقة بالوزير السلجوقي نظام الملك ، الذى كان يقدر الشيخ ويعظمه ، ولذلك فقد بنى له مدرسة فى بغداد ليتولى الشيخ التدريس فيها[1] ، ومعلوم ايضا ان نظام الملك كان اشعريا شافعيا[2] ، وكان يهدف من بنائه تلك المدرسة في بغداد الى هدفين :

الاول : بث العقيدة الاشعرية في وسط الحنابلة ، الذين كانوا يسمونهم بالحشوية والمجسمة و المشبهة من الناحية العقدية

---

(١) هذه واحدة من مدارس عديدة بناها نظام الملك فى العراق وخراسان لنشر المذهب السني بعد ضعفه فى عهد البويهيين وجعل على كل مدرسة منها اماما من ائمة اهل السنة . والمدرسة الثانية فى نيسابور وثالثة فى هراة ورابعة فى اصبهان وخامسة فى البصرة و سادسة بـ مرو وسابعة فى طبرستان ، وثامنة في الموصل الى غير ذلك من المدارس فى كل مدينة فى العراق وخراسان . انظر طبقات ابن السبكى (٣ : ١٣٧) فى ترجمة الوزير نظام الملك .

(٢) انظر ترجمته فى طبقات ابن السبكى (٣ : ١٣٥) وقد اشار اليه الشيخ ابو اسحاق عند توقيعه على المحضر الاتى ذكره فى الدليل الخامس.

وبث المذهب الشافعي من الناحية الفقهية[١]، وقد كانت بغداد معقلا كبيرا للحنابلة آنذاك حتى ان الخليفة العباسي فيها كان حنبليا ايضا .

الهدف الثاني : ان تكون منبرا للمسلمين السنة لملاحقة عقائد الشيعة الروافض الذين انتشر فيهم مذهب المعتزلة، والذين كانت لهم الصولة والجولة في بغداد ابان حكم البويهيين، الذين تمكن السلاجقة الاتراك من القضاء عليهم، واقصائهم عن السلطنة بعد ان قضوا على الملك الرحيم آخر سلاطين البويهيين في سنة سبع واربعين واربعمائة للهجرة، فشرعوا في اعادة تثبيت المذهب السني في البلاد، وكان الوزير نظام الملك الذى كان وزيرا لاخير السلاطين السلاجقة الاتراك اعني به ملك شاه الذى توفي سنة خمس وثمانين واربعمائة هو اول من بني سنة تسع وخمسين واربعمائة في بغداد مدرسة اسلامية سنية[٢] في مواجهة المدرسة التي بناها الشيعة البويهيون هناك، على يد الوزير البويهي سابور بن اردشير سنة ثلاث وثمانين وثلاثمائة في حي الكرخ في بغداد، وزودها بمكتبة ثرية، اقام عليها مجموعة من اعيان الشيعة، ووقف لها اوقافا كبيرة وهامة لتغطية مصروفاتها، والانفاق على مشاريعها[٣] .

---

(١) انظر في هذا المعنى مقدمة كتاب الوصول (ص٤٣) والتي تليها .

(٢) انظر وفيات الاعيان (٣ : ٢١٧) رقم ٣٩٩ .

(٣) انظر مقدمة كتاب الوصول (ص١٢) .

فاذا كان هدف نظام الملك هو بث المذهب الشافعي والعقيدة الاشعرية في تلك الاوساط، فان مما ينسجم مع ذلك الهدف ويقرب الوصول اليه ان تسند مهمة التدريس والادارة فيها الى من يؤمن بما يؤمن به نظام الملك، والا لتبددت الجهود المبذولة في سبيلها ولضاع ذلك الهدف المنشود من بنائها .

ولذلك لم يكتف نظام الملك بان اقام الشيرازى على تلك المدرسة بل كان يقتنص الفرص لتثبيت هذا الهدف والاعانة عليه، فكان كلما زاره امام من ائمة الكلام في العقيدة الاشعرية عمد الى بعثه كاستاذ زائر الى المدرسة النظامية للمشاركة في القاء الخطب فيها والمحاضرات عن العقيدة الاشعرية و اصولها .

ففي سنة تسع وستين واربعمائة زار الامام ابو نصر ابن القشيرى وكان اشعريا متطرفا، زار نظام الملك في خراسان فاعجب به نظام الملك، فارسله زائرا الى المدرسة النظامية في بغداد لالقاء دروس في العقيدة الاشعرية هناك، فتكلم على مذهب الاشعرى ونصره وتعرض للحنابلة بالقدح والذم، واتهمهم بالتجسيم والتشبيه، فبلغ ذلك زعيم الحنابلة اذ ذاك وهو الشيخ الشريف ابو جعفر، فاستاء لذلك فعبر هو وجماعته الحنابلة عن ذلك الاستياء بشن هجوم على سوق المدرسة النظامية[(١)] وكان يسكن في المدرسة مؤيد الملك بن نظام

---

(١) وقد وقع هذا الهجوم سنة سبعين واربعمائة، وكان للحنابلة ايضا سوق يسمونه سوق الثلاثاء، شن عليه الاشاعرة هجوما مماثلا، فنهب كل من الطرفين ماكان في سوق الطرف الاخر ولم تهدأ الفتنة الا بتدخل الجيش فيها حيث ضرب الناس وقتل =

الملك ، فاستنجد بابيه ، فنزل الجيش واخمد ثورتهم بالقوة ، وكان نتيجة ذلك ان قتل نحو عشرين قتيلا من الناس .

ولم تمض على هذه الفتنة قرابة خمس سنوات ، حتى بعث نظام الملك احد الوعاظ المشهورين ممن حظوا لديه بالتقدير والاعجاب وهو الشريف ابو القاسم البكرى المغربى ، " وكان اشعرى المذهب وكان قد قصد نظام الملك فاحبه ، ومال اليه وسيره الى بغداد واجرى عليه الجراية الوافرة ، فوعظ بالمدرسة النظامية ، وكان يذكر الحنابلة ويعيبهم ويقول : (وماكفر سليمان ولكن الشياطين كفروا)[1] والله ماكفر احمد ولكن اصحابه كفروا .

ثم انه قصد يوما دار قاضي القضاة ابى عبد الله الدامغانى بنهر القلائين ، فجرى بين بعض اصحابه وقوم من الحنابلة مشاجرة ادت الى الفتنة ، وكثر جمعه ، فكبس دور بنى الفراء ، واخذ كتبهم واخذ منها كتاب الصفات لابى يعلى ، فكان يقرأ بين يديه وهو جالس على الكرسى للوعظ ، فيشنع به عليهم ، وجرى له معهم خصومات وفتن ولقب البكرى من الديوان[2] بعلم السنة"[3] . وهكذا تحولت المعارك عما

= منهم جماعة فانفصل بعضهم عن بعض . انظر الكامل (١٠ : ١٠٥) .

(١) سورة البقرة : ١٠٢

(٢) اى ديوان نظام الملك .

(٣) الكامل (١٠ : ١٢٤) والتى تليها ، حوادث سنة خمس وسبعين واربعمائة .

كانت عليه ايام البويهيين بين السنة والشيعة، الى فتن وقلاقل بين الحنابلة و الشافعية .

وانا اقطع بان الذين كانوا يغذون هذه الفتن هم اناس مندسون بين الحنابلة و الشافعية على السواء بعد ان لبسوا لبوس اولئك وهؤلاء، كما حصل ايام الفتنة بين على بن ابى طالب ومعاوية بن ابى سفيان رضى الله عنهما ، حيث كان المندسون يثيرونها جذعة كلما خبت،وعلى الدعاة الاسلاميين اتخاذ الحيطة من مثل هؤلاء كى لا ينحرفوا بالدعوة عن اهدافها .

الدليل الثانى :

ان ابن عساكر اورد ترجمة الشيخ ابى اسحاق فى الطبقة الرابعة من المستبصرين بتبصير ابى الحسن الاشعرى وايضا حه فى الاقتداء، والمتابعة . ثم اورد قولا لبعض الناس ان الشيخ ابا اسحاق لم يكن اشعريا ، فرده وزرى على قائله ، فقال : وكان يظن به بعض من لا يفهم انه مخالف للاشعرى ، لقوله فى كتابه فى اصول الفقه : وقالت الاشعرية : ان الامر لا صيغة له[1] . وليس ذلك لانه لا يعتقد اعتقاده، وانما قال ذلك لانه خالفه فى هذه المسألة بعينها كما خالفه غيره من الفقهاء فيها ،فاراد ان يبين فيها ان هذه المسألة مما انفرد بها ابو الحسن[2] . ا . هـ

---

(١) انظر التبصرة (ص ٢٢) وعبارته : وقالت الاشعرية ليس للامر صيغة . ا . هـ

(٢) تبيين كذب المفترى (ص ٢٧٧) .

الدليل الثالث :

نقل ابن عساكر استفتاء وقع في بغداد عن قوم يلعنون اتباع ابى الحسن الاشعرى ويكفرونهم ، فاجاب عدد من اهل العلم ، كان من بينهم الشيخ ابو اسحاق ، فقال : الاشعرية اعيان اهل السنة ونصار الشريعة ، انتصبوا للرد على المبتدعة من القدرية والرافضة وغيرهم ، فمن طعن فيهم فقد طعن على اهل السنة ، واذا رفع امر من يفعل ذلك الى الناظر فى امر المسلمين ، وجب عليه تأديبه بما يرتدع به كل احد . ثم وقع على ذلك فقال : وكتب ابراهيم بن على الفيروز اباذى[١] . ا . هـ

الدليل الرابع :

لما وقعت الفتنة بين الحنابلة والشافعية عام تسع وستين واربعمائة بعد القاء القشيرى خطبه ومحاضراته فى النظامية ببغداد انضم الشيخ ابو اسحاق الى جانب ابى نصر ابن القشيرى ضد الحنابلة[٢] بل كان من المتعصبين له فيها[٣] .

---

(١) تبيين كذب المفترى (ص٣٣٢) ، طبقات ابن السبكى (٢ : ٢٦٠) فى ترجمة ابى الحسن الاشعرى .

(٢) انظر طبقات ابن السبكى (٣ : ٩٨) .

(٣) انظر الكامل (١٠ : ١٠٥) .

الدليل الخامس :

وهو ماورد في المحضر الذى قدمه عقب الفتنة المذكورة مع جماعة من العلماء الى نظام الملك ، يشرحون فيه اسبابها ويستنصرون فيه الوزير على خصومهم الحنابلة ، ثم ختموا المحضر بان وقع كل منهم عليه و ذيل توقيعه بطلب نصرة السلطان ايضا تأكيدا لما ورد في المحضر ، وتحريضا للسلطان ضد الخصوم .

واليك نص المحضر كاملا لتقف منه على مافيه من الافادة بان الشيخ ابا اسحاق كان اشعريا موافقا لعقيدة ابى نصر بن القشيرى الاشعرى المتطرف ، وسأورده كما هو عند ابن عساكر في كتابه الذى وضعه لنصرة وترجمة الامام ابى الحسن الاشعرى وسماه : تبيين كذب المفترى على ابى الحسن الاشعرى ، جاء في المحضر[1] :

بسم الله الرحمن الرحيم ، يشهد من ثبت اسمه و نسبه ، وصح نهجه و مذهبه ، واختبر دينه و امانته ، من الائمة الفقهاء الاماثل واهل القرآن ، والمعدلين الاعيان ، وكتبوا خطوطهم المعروفة بعباراتهم المألوفة ، مسارعين الى اداء الامانة ، وتوخوا في ذلك ماتحظر الديانة ، مخافة قوله تعالى (ومن اظلم ممن كتم شهادة عنده من الله)[2] ،

---

(١) تبيين كذب المفترى (ص. ٣١٠) ومايليها .

(٢) سورة البقرة : ١٤٠

ان الحشوية[1] والاوباش الرعاع المتوسمين بالحنبلية[2]، اظهروا ببغداد من البدع الفظيعة، والمخازى الشنيعة، مالم يتسمح به ملحد، فضلا عن موحد، ولا تجوز به قادح فى اصل الشريعة ولا معطل، ونسبوا كل

---

(١) الحشوية بفتح الحاء المهملة بعدها شين معجمة ساكنة وقد جرت عادة الاشعرية تسمية اهل الحديث المثبتين للصفات بالحشوية، اما لجمعهم الحديث من غير تمييز بين صحيحه وسقيمه، واما لكون اتباع الحديث فى مسائل الاصول من مذهب الحشو، لان مسائل العقيدة فى زعمهم انما تستفاد من علم الكلام، لا من علم الحديث، ويقولون ان اتباع النصوص مطلقا فى مباحث العقيدة حشو، لان النصوص لا تفى بذلك. وهذا الكلام يؤدى الى انعدام صفة تلقى العلم عن النبى صلى الله عليه وسلم وفتح باب التلقى عن الفلاسفة والمتكلمين تحت ستار تأويل النصوص الشرعية، بحجة مخالفتها لمقتضى العقل. انظر مجموع الفتاوى (٤ : ٨٨).
قال ابن تيمية: وهذا القدر بعينه هو عين الطعن فى نفس النبوة، وان كان يقر بتعظيمهم وكمالهم، اقرار من لا يتلقى من جهتهم علما، فيكون الرسول عنده بمنزلة خليفة يعطى السكة والخطبة رسما ولفظا، كتابة وقولا، من غير ان يكون له امر ونهى مطاع، فله صورة الامامة بما جعل له من السكة والخطبة، وليس له حقيقتها. ا.هـ مجموع الفتاوى (٤ : ٨٩).

(٢) هذا الوصف ان صدق على بعض الحنابلة، فمن الحيف وسم جميعهم به.
صحيح ان هناك بعض الحنابلة قد افضى بهم الافراط فى الاثبات الى التجسيم والتشبيه كابى عبد الله بن حامد والقاضى =

من ينزه البارى تعالى وجل عن النقائص والافات وينفى عنه الحدوث والتشبيهات، ويقدسه عن الحلول والزوال، ويعظمه عن التغير من حال الى حال، وعن حلوله في الحوادث و حدوث الحوادث فيه[1] الى الكفر والطغيان ومنافاة اهل الحق والايمان، وتناهوا في قذف الائمة الماضين، وثلب اهل الحق وعصابة الدين، ولعنهم في الجوامع والمشاهد والمحافل والمساجد والاسواق والطرقات والخلوة و الجماعات .

= ابى يعلى وشيخه الحسن بن الزاغونى كما حكى ذلك عنهم ابن تيمية فى المجموع(٤ : ١٦٦) ، الا ان الحاق الجميع بهم لا يجوز وانما يفعل ذلك من انساه توغله فى الرد على المتطرفين الاعتدال فى حكمه، وقد قال تعالى : (ولا يجرمنكم شنآن قوم على ان لا تعدلوا اعدلوا هو اقرب للتقوى) المائدة : ٨ .

(١) تنزيه الله تعالى واجب، ولكن ذلك لا يمنع من اثبات ما اثبته الله تعالى لنفسه من صفات الكمال من النزول والمجيء والوجه واليد وغير ذلك مما ثبت وصف الله به فى الكتاب والسنة لان اثبات ذلك لا يلزم منه مشابهته للخلق فى التغير من حال الى حال، لان الله تعالى (ليس كمثله شيء) والذى اوقع نفات الصفات الخبرية فى ذلك الوهم، هو قياسهم الخالق على المخلوق، فان حركة المخلوق من نزول ومجيء ونحو ذلك يلزم منها التغير من الحال التي انتقل عنها الى التى انتقل اليها وهذا المعنى منفى عن الله تعالى لانه (ليس كمثله شيء) فلا مانع اذن من اثبات تلك الصفات فى حقه تعالى لانها صفات كمال فيه ولا توجب فى حقه تعالى نقصا ولا حدوثا ولا تغير. وهذا اصل مهم فى باب توحيد الاسماء والصفات، وبالله التوفيق .

ثم غرهم الطمع والاهمال ، ومدهم في طغيانهم الغي والضلال الى الطعن فيمن يعتضد به من ائمة الهدى وهو للشريعة العروة الوثقى ، وجعلوا افعاله الدينية معاصي دنية ، وترقوا من ذلك الى القدح في الشافعي رحمة الله عليه واصحابه .

واتفق عود الشيخ الامام الاوحد ابي نصر بن الاستاذ الامام زين الاسلام ابي القاسم القشيري رحمة الله عليه من مكة حرسها الله فدعا الناس الى التوحيد وقدس الباري عن الحوادث والتحديد فاستجاب له اهل التحقيق من الصدور الافاضل ، السادة الاماثل .

وتمادت الحشوية في ضلالتها ، والاصرار على جهالتها وابوا الا التصريح بان المعبود ذو قدم و اضراس ولهوات و انامل[1] ، وانه

---

(١) هذا شيء لم يصرح به احد ممن اثبت لله تعالى صفة الكلام اصلا ، وانما حمل اصحاب المحضر على ذلك انهم فهموا من اثبات صفة الكلام له تعالى ، ان ذلك يستلزم في حقه مايستلزمه في حق المخلوق ، فان المخلوق لا يقدر على الكلام الا بواسطة الفم بما فيه من شفتين ولسان واضراس ولهوات ثم قصبة هوائية ورئة تدفع الهواء فيها ليمر الى الفم ، ثم تتحكم به اللهوات واللسان والاضراس والشفتان ، ليصير بعدها كلاما مفهوما مسموعا .

وهم في ذلك غافلون عما اكد عليه السلف في اثباتهم صفات الله تعالى من انه (ليس كمثله شيء) وان مايلزم في اثبات صفة ماللعبد ، لايلزم في اثباتها لله تعالى مايلزم في اثباتها للعبد .

ينزل بذاته، ويتردد على حمار في صورة شاب امرد، بشعر قطط وعليه تاج يلمع، وفي رجليه نعلان من ذهب.(١)

وحفظ ذلك عنهم، وعللوه ودونوه في كتبهم، والى العوام القوه وان هذه الاخبار لا تأويل لها، وانها تجرى على ظواهرها، وتعتقد كما ورد لفظها، وانه تعالى يتكلم بصوت كالرعد، وكصهيل الخيل.(٢)

وينقمون على اهل الحق لقولهم ان الله تعالى موصوف بصفات الجلال، منعوت بالعلم والقدرة و السمع والبصر والحياة والارادة والكلام وهذه الصفات قديمة،(٣) وانه يتعالى عن قبول الحوادث، ولا يجوز تشبيه

---

(١) القائلون بذلك اعتمدوا على احاديث موضوعة، واما السلف فلا يثبتون الصفات الا بالقرآن وصحيح السنة.

(٢) ولكن وجود طائفة من الحنابلة تقول ذلك، لا يضير الحنابلة شيئا، فان في غيرهم من المذاهب جهال وضالون ايضا، فلا يجوز اطلاق هذا القول على الحنبلية، حتى لكأنهم متفقون عليه.

(٣) ويسمونها صفات عقلية، لان العقل يوجب اتصاف البارى تعالى بها، ويؤولون ماعداها، بحجة انها توهم التشبيه، مع ان هذا التوهم موجود في الصفات السبع التي اثبتوها ايضا، اليس الانسان ايضا موصوفا بالعلم والقدرة و السمع و البصر والارادة والكلام.

فما كان جوابا لهم هنا، كان جوابا لنا في باقي الصفات، فان القول في صفة من صفاته تعالى كالقول في باقي الصفات في الاثبات.

واما في التنزيه، فالكلام في الصفات فرع عن الكلام في الذات فكما انكم تقدسون البارى عن مشابهة المخلوقات، فقدسوا صفاته =

ذاته بذات المخلوقين ، ولا تشبيه كلامه بكلام المخلوقين .

ومن المشهور المعلوم ان الائمة الفقهاء على اختلاف مذاهبهم في الفروع، كانوا يصرحون بهذا الاعتقاد ، ويدرسونه ظاهرا مكشوفا لاصحابهم، ومن هاجر من البلاد اليهم ولم يتجاسر احد على انكاره ولا تجوز متجوز بالرد عليهم دون[1] القدح والطعن فيهم، وان هذه عقيدة اصحاب الشافعي رحمة الله عليه[2]، يدينون الله تعالى بها ويلقونه باعتقادها ويبرؤون اليه من سواها ، من غير شك ولا انحراف عنها .

= عن مشابهة صفات المخلوقات ، فلامانع من اثبات باقي الصفات ايضا لذلك .

(١) اى فضلا عن القدح والطعن فيهم. فان لفظ دون من الاضداد يأتي بمعنى اقل ويأتي بمعنى فوق او اكثر. كما يأتي بمعنى امام و وراء . و يأتي بمعنى غير، ومنه قوله تعالى (ولهم اعمال دون ذلك هم لها عاملون) سورة المؤمنون : ٦٣ . انظر تفسير غريب القرآن لابن قتيبة(ص٢٩٨) ، وانظر القاموس (٤ : ٢٢٣) .

(٢) واما الامام الشافعي ذاته ، فقد اثبت لله ما اثبت لنفسه من غير تأويل ، فقال :القول في السنة التي انا عليها ورأيت عليها الذين رأيتهم مثل سفيان ومالك وغيرهما : اقرار بشهادة ان لا اله الا الله وان محمدا رسول الله ، وان الله على عرشه في سمائه ، يقرب من خلقه كيف شاء ، وينزل الى السماء الدنيا كيف شاء . ا . هـ العلو للعلي الغفار (ص١٢٠) لكنه اشار الى ان في سنده ضعف .

ومالهذه العصابة مستند ، ولا للحق مغيث يعتمد الا الله تعالى ، ورأفة المجلس السامى الاجلى العالمى العادلى القوامى النظامى[1] الرضوى ، امتعه الله بحياة يأمن خطوبها ، باسمة فلا يعرف قطوبها ، فان لم ينصرنا اظهره ويشيد ما اسسه وعمره[2] ، بامر جزم وعزم حتم ، يزجر اهل الغواية عن غيهم ، ويردع ذوى العناد عن بغيهم ، ويأمر بالمبالغة فى تأديبهم ، رجع الدين بعد تبسمه قطوبا وعاد الاسلام كما بدأ غريبا ، وعيونهم ممتدة الى الجوانب بنيل المأمول والمراد ، وقلوبهم متشوقة الى النصرة و الامداد ، فان هو لم ينعم النظر فى الحادث الذى طرقهم ، ويصرف معظم همه العالية الى الكارث الذى ازعجهم و اقلقهم ، ويكشف عن الشريعة هذه الغمة ويحسم نزغات الشيطان بين هذه الامة ، كان عن هذه الظلامة يوم القيامة مسئولا اذ قد اديت اليه النصائح و الامانات من اهل المعارف والديانات ، وبرئوا من عهدة ماسمعوه ، بما ادوه الى سمعه العالى ، وبلغوه الحجة لله تعالى ، متوجهة نحوه بما مكنه فى شرق الارض وغربها ، وبسط قدرته فى عجمها وعربها ، وجعل اليه القبض والابرام ، واصطفاه من جميع الانام ، فما ترد نواهيه واوامره ولا تعصى مراسمه وزواجره ، والله تعالى بكرمه يوفقه ويسدده ، ويؤيد

---

(١) المقصود به نظام الملك .

(٢) المقصود به المدرسة النظامية ، فانه اسسها لنصرة المذهب الشافعى والعقيدة الاشعرية ضد الاعتزال والرفض .

مقاصده و يرشده ، ويقف فكرته وخواطره ، على نصرة ملته وتقوية دينه وشريعته بمنه ورأفته وفضله ورحمته . - الى هنا انتهى المحضر - .

ثم قال ابن عساكر : صورة الخطوط :

الامر على ماذكر فى هذا المحضر من حال الشيخ الاوحد ابى نصر عبد الرحيم بن عبد الكريم القشيرى اكثر الله فى ائمة الدين مثله من عقد المجالس، وذكر الله عز وجل بـ ما يليق به ، من توحيده و صفاته ونفى التشبيه عنه ، وقمع المبتدعة من المجسمة والقدرية ، وغيرهم .

ولم اسمع منه(1) غير مذهب اهل الحق ، من اهل السنة والجماعة وبه ادين الله عز وجل ، واياه اعتقد ، وهو الذى ادركت ائمة اصحابنا عليه ، ولم يبق من المبتدعة الا نفر يسير، فحملهم الحسد والغيظ على سبه ، وسب الشافعى ، وائمة اصحابه ، ونصار مذهبه ، وهذا امر لا يجوز الصبر عليه ، ويتعين على المولى اعز الله نصره التنكيل بهذا النفر اليسير، الذين تولوا كبر هذا الامر، وطعنوا فى الشافعى واصحابه، لان الله عز وجل اقدره وهو الذى برأ فى هذا البلد باعزاز هذا المذهب بما بني فيه من المدرسةالتى مات كل مبتدع من

---

(١) اى مما ذكر فى المحضر، فان السلف يثبتون الصفات السبع المذكورة فى المحضر وينفون التشبيه و التجسيم، وان كانوا يزيدون على ذلك الايمان بباقى الصفات التى اثبتها الشرع فى الكتاب وصحيح السنة . وسيأتى بيان ذلك عند الترجيح والمناقشة الاتية.

المجسمة والقدرية غيظا منها ، وبما يرتفع فيها من الاصوات بالدعاء لايامه ، استجاب الله فيه صالح الادعية .

ومتى اهمل نصرهم ، لم يكن له عذر عند الله عز وجل . وكتب ابراهيم بن على الفيروز اباذى [(١)] . ا . هـ

ثم وقع عليه : الحسين بن محمد الطبرى [(٢)] .

ووقع عليه ايضا الامام عبيد الله بن سلامة الكرخى [(٣)] .

ومحمد بن احمد الشاشى [(٤)] .

وسعد الله بن محمد الخاطب [(٥)] .

والحسين بن احمد البغدادى [(٦)] .

وعزيزى بن عبد الملك [(٧)] .

الدليل السادس :

ان المقريزى نص فى خططه على ان الشيخ ابا اسحاق كان اشعريا فقال : وحقيقة مذهب الاشعرى رحمه الله : انه سلك طريقا ـ اى فى توحيد الاسماء و الصفات ـ بين النفى الذى هو مذهب الاعتزال

---

(١) تبيين كذب المفترى (ص٣١٣) .

(٢) المصدر السابق (ص٣١٤) .

(٣) نفس المصدر (ص٣١٤) .

(٤) نفس المصدر (ص٣١٥) .

(٥) نفس المصدر (ص ٣١٥) .

(٦) نفس المصدر (ص ٣١٦) .

(٧) نفس المصدر (ص ٣١٧) .

وبين الاثبات الذى هو مذهب اهل التجسيم[1]، وناظر على قوله هذا واحتج لمذهبه .

فمال اليه جماعة وعولوا على رأيه ، منهم : القاضي ابو بكر محمد بن الطيب الباقلانى المالكي وابو بكر محمد بن الحسن بن فورك والشيخ ابو اسحاق ابراهيم بن محمد بن مهران الاسفرائينى والشيخ ابو اسحاق ابراهيم بن على الشيرازى ، والشيخ ابو حامد محمد بن محمد بن احمد الغزالى ، وابو الفتح محمد بن عبد الكريم بن احمد الشهرستانى ، والامام فخر الدين محمد بن عمر بن الحسين الرازى وغيرهم ممن يطول ذكره .

- قال - ونصروا مذهبه وناظروا عليه ، وجادلوا فيه ، واستدلوا فى مصنفات لاتكاد تحصر ، فانتشر مذهب ابى الحسن الاشعرى فى العراق من نحو سنة ثمانين وثلاثمائة و انتقل منه الى الشام . ا . هـ

وممن نحا هذا النحو من المعاصرين الاستاذ محمد حسن هيتو فى ترجمته للامام الشيرازى ، فقال : المهم ان نعرف ان الشيرازى اشعرى صميم ، لم يخالف فى ذلك ولم يخرج عنه و لانعرف له رأيا غير مايراه الاشعرى ويعتقده[2] . ا . هـ

---

(١) خطط المقريزى (٣ : ٣٠٦) .

(٢) الامام الشيرازى (ص١٢١) .

المبحث الثاني : ذكر مايفيد ان الشيخ ابا اسحاق كان سلفيا

لقد وقع لى مما يفيد ان الشيخ ابا اسحاق لم يكن اشعريا بل كان سلفيا يعتقد مايعتقده الامام احمد بن حنبل امام اهل السنة، ثمانية نقول وهى :

النقل الاول :

قال الشيخ ابو الحسن الكرجي : ومعروف شدة الشيخ ابى حامد - الاسفرائيني - على اهل الكلام، - ومنهم الاشاعرة - حتى ميز اصول فقه الشافعي من اصول الاشعرى، وعلقه عنه الامام ابو بكر الزاذقاني، وهو عندى .

- قال - : وبه اقتدى الشيخ ابو اسحاق فى كتابيه اللمع والتبصرة، حتى لو وافق قول الاشعرى وجها لاصحابنا - الشافعية - ميزه، وقال : هو قول بعض اصحابنا، وبه قالت الاشعرية . ولم يعدهم من اصحاب الشافعى، استنكفوا منهم و من مذهبهم فى اصول الفقه، فضلا عن اصول الدين [1] . ا . هـ

اى فلو كان اشعريا، لما ميز بينهم وبين الشافعية، ولقال و هو قول اصحابنا .

---

(١) الفتاوى الكبرى (٥ : ٣٣٩) .

النقل الثانى :

ماذكره ابن عساكر عن بعض الناس، ان الشيخ ابا اسحاق مخالف للاشعرى ، استدلالا بقوله فى التبصرة : وقالت الاشعرية ليس للامر صيغة[1] . ا.هـ فان هذا النقل يدل على ان من الناس من يعتقد ان الشيخ ابا اسحاق مخالف للاشعرية . وكون ابن عساكر لايرتضى ذلك ، ويصف من ظن ذلك بانه لايفهم، لاينفى ان يكون ثمة من يرى بان الشيخ مخالف للاشعرية .

النقل الثالث :

يوم ان وقعت الفتنة بسبب خطب ومحاضرات ابى نصر بن القشيرى فى المدرسة النظامية، والتى هاجم فيها الحنابلة وذمهم فذهب ضحية تلك الفتنة عشرون قتيلا فضلا عن الاموال والمحال التجارية التى نهبت فى سوق النظامية، مما هدد بنشوب حرب اهلية فى بغداد قد تكون لها آثار خطيرة على الطرفين ، مما حدا بالخليفة المقتدى بامر الله ان يتدخل فى حل الازمة بين الطرفين ، فكلف الوزير ابن جهير بالقيام باجراء صلح بين الطرفين ، فجمع ابن جهير الشريف ابا جعفر شيخ الحنابلة والشيخ ابا اسحاق شيخ الشافعية ومدير المدرسة النظامية التى هى مركز بث العقيدة الاشعرية

---

(١) تبيين كذب المفترى (ص ٢٧٧) .

(٢) التبصرة (ص ٢٢) .

بالاضافة الى ابى نصر القشيرى وجماعة من الشافعية ، وعرض على الفريقين ان يتصالحا ، فرغب الشيخ ابو اسحاق فى الصلح لاطفاء نار الفتنة بين الطرفين ، ودلل على ذلك بان تقدم الى الشريف ابى جعفر وقال له :" انا ذاك الذى تعرف، وهذه كتبى فى اصول الفقه اقول فيها خلافا للاشعرية ،ثم قبل رأسه (١) .

فقد نص الشيخ ابو اسحاق فى هذا الحوار على مخالفته للاشاعرة ، ورده عليهم واشار الى انه اثبت ذلك الرد فيما الفه فى الاصول ، يعنى كتابيه التبصرة واللمع .

---

(١) وتمام الحوار : فقال الشريف : قد كان ماتقول ، الا انك لما كنت فقيرا لم يظهر لنا مافى نفسك ، فلما جاء الاعوان والسلطان وخواجا بزرك - يعنى نظام الملك - ابديت ماكان مخفيا .
فتقدم ابن القشيرى منه ولم يكن ابو جعفر يعرفه ، فلما تعرف عليه قال : لو جاز ان يشكر احد على بدعته ، لكان هذا الشاب لانه باد هنا بما فى نفسه ولم ينافق . ثم قال للوزير :اى صلح بيننا ،انما يكون الصلح بين مختصمين على ولاية او دنيا اوقسمة ميراث، او تنازع فى ملك ، فاما هؤلاء القوم - يعنى الشافعية الاشعرية - فهم يزعمون اننا كفار، ونحن نزعم ان من لا يعتقد مانعتقده كافر، فاى صلح بيننا . ا.هـ
مقدمة طبقات الفقهاء (ص١٠) .

النقل الرابع :

ماذكره ابن تيمية فى الفتاوى فقال : اهتم كثير من الملـــوك والعلماء بـامر الاسلام وجهاد اعدائه ، حتى صاروا يلعنون الرافضـة والجهمية وغيرهم على المنابر حتى لعنوا كل طائفة رأوا فيها بدعــة فلعنوا الكلابـية و الاشعرية ، كما كان فى مملكة الامير محمود بــــن سبكتكين ، وفى دولة السلاجقة ابتداء ، وكذلك الخليفة القادر ، ربمـا اهتم بـذلك ، واستشار المعتزلة ـ اى من اعتزل تـلك الفرق المبتدعة ـ من الفقهاء ، ورفعوا اليه امر القاضى ابى بكر ـ الباقلانى ـ ونحــوه وهموا به ، حتى كان يـختفى[1] ، وانما تستر بمذهب الامام احمد وموافقتـه ثم ولى النظام ـ يعنى الوزير نظام الملك ـ وهو اشعرى ـ وسعـــوا فى رفع اللعنة ، واستفتوا من استفتوه من فقهاء العراق ، كالدامغانـى والشيرازى ، وفتواهما حجة على من بخراسان من الحنفية والشافعية .

ـ ثم قال ابن تـيمية ـ وقد قيل ان ابا اسحاق استعفى مــن ذلك ، فالزموه ، وافتوا بانه لايجوز لعنتهم ، ويعزر من يلعنهم .

---

(١) نقل فى الفتاوى الكبرى لابن تيمية(٥ : ٢٣٩) عن الشيخ ابـى الحسن محمد بن عبد الملك الكرجى قوله : سمعت الفقيه الامام ابا منصور سعد بن على العجلى يقول : سمعت عدة من المشايـــخ والائمة ببغداد اظن الشيخ ابا اسحاق الشيرازى احدهـــم قالوا : كان ابو بكر الباقلانى يخرج الى الحمام متبرقعا ، خوفـا من الشيخ ابى حامد الاسفرائينى . ا . هـ اى لما كان عليه مــن الشدة على الاشاعرة المتكلمين لسوء مذهبهم فى الاسماء و الصفات .

ثم بين ابن تيمية ان فتواهم هذه لا تدل على رضاهم بمذهب الاشاعرة، فقال : وعلل الدامغاني - اى عدم جواز لعنهم و وجوب تعزير من يلعنهم - بانهم طائفة من المسلمين ، وعلل ابو اسحاق مع ذلك : بان لهم ذبا وردا على اهل البدع المخالفين.[1] ا. هـ

النقل الخامس :

ماذكره الاستاذ عبد المجيد تركي فى مقدمته لكتاب الوصول الى مسائل الاصول لـلشيخ ابى اسحاق فقد قال : والمرجح ان ابن الصباغ لم يكن يقول بمقالة الاشاعرة، وانما كان على غرار الشيرازى على عقيدة السلف الصالح ، ويبدو هذا من خلال كتابه الوحيد الذى وصل الينا من كامل كتبه اى كتاب الطريق السالم.[2] ا. هـ

النقل السادس :

ماذكره شيخ الاسلام ابن تيمية فى مجموع الفتاوى : قال فالفقيه ابو محمد - يعنى والد ابى المعالى الجوينى - انما منع اللعن وامر بتعزير اللاعن - اى للاشعرية - لاجل مانصروه من اصول الدين وهو ماذكرناه من موافقة القرآن و السنة و الحديث، والرد على من خالف القرآن والسنة والحديث .

- قال ابن تيمية - ولهذا كان الشيخ ابو اسحاق يقول : انما

---

(١) مجموع فتاوى ابن تيمية(٤ : ١٥) .

(٢) مقدمة الوصول الى مسائل علم الاصول (ص ٣٧) .

نفقت الاشعرية عند الناس - اى وقع لها القبول عندهم - بانتسابهم الى الحنابلة - لانهم اهل الحديث - .

- قال ابن تيمية - : وهذا ظاهر عليه وعلى ائمة اصحابه في كتبهم، ومصنفاتهم قبل وقوع الفتنة القشيرية .

- قال - ولهذا قال ابو القاسم بن عساكر في مناقبه[1] - اى ابى الحسن الاشعرى - مازالت الحنابلة والاشاعرة فى قديم الدهر متفقين غير مفترقين، حتى حدثت فتنة ابن القشيرى[2] . ا.هـ

النقل السابع :

وهو ماذكر من ان الشيخ ابا اسحاق قد صنف كتابا في العقيدة سماه : عقيدة السلف . وقيل هو نفس كتابه نصح اهل العلم الا ان فى صحة نسبة كتاب عقيدة السلف اليه نظرا، سيأتي بيانه

---

(١) سيذكره ابن تيمية رحمه الله عن ابن عساكر مختصرا، والا فعبارة ابن عساكر هكذا : انهما - اى احمد بن حنبل وابى الحسن الاشعرى - كانا فى الاعتقاد متفقين وفى اصول الدين ومذهب السنة غير مفترقين، ولم تزل الحنابلة ببغداد فى قديم الدهر على ممر الاوقات تعتضد بالاشعرية على اصحاب البدع، لانهم المتكلمون من اهل الاثبات، فمن تكلم منهم فى الرد على مبتدع فبلسان الاشعرية يتكلم ومن حقق منهم فى الاصول فى مسألة فمنهم يتعلم، فلم يزالوا كذلك حتى حدث الاختلاف فى زمن ابى نصر القشيرى ووزارة النظام - اى نظام الملك - ا.هـ

تبيين كذب المفترى (ص١٦٣) .

(٢) مجموع الفتاوى (٤ : ١٧) .

عند الكلام على مؤلفات الشيخ ابى اسحاق ، ان شاء الله تعالى .

النقل الثامن :

ماذكره الزركشي في البحر المحيط[1] عن الشيرازى بعد قوله ويسمى الله تعالى دليلا بالاضافة ، فقال : وانكره الشيخ ابو اسحاق الشيرازى فى كتابه " الحدود[2] " قال : ولا حجة فى قولهم لله تعالى يادليل المتحيرين ، - ثم علل ذلك تعليلا سلفيا فقال - : لان ذلك ليس من قول النبى صلى الله عليه وسلم ولا احد من اصحابه ، وانما هو من قول اصحاب الكلاكيز[3] . ا . هـ

وممن نحا هذا النحو ، من ان الشيخ ابا اسحاق كان على عقيدة السلف ، الاستاذ عبد المجيد تركى ، فى تقديمه لكتاب الوصول الى مسائل الاصول للشيخ ابى اسحاق[4] .

---

(١) وهو كتاب في الاصول ، لا زال مخطوطا ، وهو موجود في دار الكتب المصرية تحت رقم ٤٨٣ مادة الاصول ، كما اشار الى ذلك الاستاذ محمد حسن هيتو فى ترجمته للامام الشيرازى (ص ١٨٠) ، وتوجد منه نسخة في مركز البحث العلمي بالجامعة مصورة عن تلك المذكورة .

(٢) اى فى التعريفات ولعله على غرار كتاب التعريفات للجرجانى .

(٣) البحر المحيط جـ ١ الورقة الحادية عشرة الصفحة اليسرى منها انظر الامام الشيرازى للاستاذ هيتو (ص ١٨١) .

(٤) انظر مقدمة الوصول (ص ٣٧) .

المبحث الثالث : في الترجيح والمناقشة

بالنظر في هذه النقول ، يتبين لنا رجحان القول بأن الشيخ ابا اسحاق كان على عقيدة السلف، لقوة دلالة ماذكرناه من النقول الدالة على ذلك، واما الادلة الاخرى فمتأولة بما يلي :

تأويل النقل الاول :

ان كون الشيخ ابي اسحاق يتسلم ادارة المدرسة النظامية لايدل على انه موافق على عقيدة مؤسسها نظام الملك، لانه ربما رأى ان الهدف من بناء المدرسة وهو ملاحقة عقيدة التجسيم والتشبيه التي كان يقول بها الكرامية، اتباع محمد بن كرام السجزي[(١)]. ووافقهم عليها بعض الحنابلة، يخدم جزءا من هدفه هو، وهو نشر عقيدة السلف، بمثل مايخدمها ملاحقة عقيدة المعتزلة التي انتشرت في اوساط الشيعة الروافض، ولذلك نجده قد نشط في بعض مؤلفاته كالتبصرة و اللمع وعقيدة السلف ان صحت نسبته اليه، بعد ان شعر بضعف نحلة المعتزلة و الكرامية[(٢)]، نشط في مقارعة الاشعرية والرد عليها، ولذلك اشار للشريف ابي جعفر بن ابي موسى الى

---

(١) توفي سنة احدى وخمسين ومائتين ، وقد اسرف في اثبات الصفات حتى افضى به ذلك الى القول بالتجسيم والتشبيه .

(٢) والدليل على ذلك مامر في توقيعه على المحضر، اذ قال : ولم يبق من المبتدعة الا نفر يسير. . الخ . انظره في المبحث الاول من هذا المطلب .

ماكتبه في الاصول من مخالفته فيها للاشعرية، بل ورده عليها، وقد تقصيت المواضع التي رد عليهم فيها في كتابه التبصرة، فالفيتها تسعة عشر موضعا، واليك سردها على ترتيبها فيه :

الاول : ان الامر استدعاء الفعل بالقول ممن هو دونه. خلافا للجمهور ومنهم الاشعرية (١) .

الثاني : للامر صيغة موضوعة في اللغة، وقالت الاشعرية ليس للامر صيغة (٢) .

الثالث : اذا تجردت صيغة الامر اقتضت الوجوب . وقالت الاشعرية : اذا ثبت كون الصيغة للاستدعاء وجب التوقف فيها ولا تحمل على الوجوب ولا على غيره الا بدليل (٣) .

الرابع : الصوم واجب على المريض والمسافر والحائض في حال المرض والسفر والحيض، ومايأتون به عند زوال العذر فهو قضاء لما وجب عليهم في حال العذر .

وقالت الاشعرية : - اي بعضهم كما في الهامش - لا يجب على المريض والحائض، واما المسافر فعليه صوم احد الشهرين ، اما شهر الاداء واما شهر القضاء ، وايهما صام كان اصلا ، كالانواع الثلاثة في كفارة اليمين (٤) .

---

(١) التبصرة (ص١٧) .

(٢) نفس المصدر (ص٢٢) .

(٣) نفس المصدر (ص٢٦) والتي تليها .

(٤) نفس المصدر (ص ٦٧) .

الخامس : فى الهامش - قال فى اللمع - وله - اى للنهى - صيغة تدل عليه ، وقالت الاشعرية ليس له صيغة[1] .

السادس : النهى يقتضى التحريم ، وقالت الاشعرية : لا يقتضى التحريم ويتوقف فيه الى ان يرد الدليل[2] .

السابع : للعموم صيغة بمجردها تدل على استغراق الجنس والطبقة .

وقالت الاشعرية : ليس للعموم صيغة ، ومايرد من الفاظ الجمع فلا يحمل على العموم ولا على الخصوص الا بدليل[3] .

الثامن : اقل الجمع ثلاثة . ومن اصحابنا من قال : اثنان وهو مذهب ابن داود ونفطويه والقاضى ابى بكر - الباقلانى - الاشعرى[4] .

التاسع : اذا تعارض لفظان ، خاص وعام ، بنى العام على الخاص ، وقال بعض المتكلمين : لا يقضى على العام بالخاص بل يتعارض الخاص ومايقابله من العام ، وهو اختيار ابى بكر - الباقلانى - الاشعرى وابى بكر الدقاق[5] .

العاشر : اذا تعقب جملا عطف بعضها على بعض رجع

---

(١) التبصرة (ص ٩٧) .

(٢) نفس المصدر (ص ٩٩) .

(٣) نفس المصدر (ص ١٠٥) .

(٤) نفس المصدر (ص ١٢٧) .

(٥) نفس المصدر (ص ١٥١) .

الاستثناء الى الجميع، وقال اصحاب ابى حنيفة : يرجع الى اقرب مذكور فقط، وقالت الاشعرية : هو موقوف على الدليل[١] .

الحادى عشر : الوضوء والصلاة و الزكاة و الصيام والحج اسماء منقولة من اللغة الى معان و احكام شرعية اذا اطلقت حملت على تلك الاحكام و المعانى .

ومن اصحابنا من قال : انه لم ينقل شيء من ذلك عما وضع له اللفظ فى اللغة، وانما ورد الشرع بشرائط واحكام مضافة الى ماوضع له اللفظ فى اللغة . و هو قول الاشعرية[٢] .

الثانى عشر : مافعله النبى صلى الله عليه و سلم وعلم انه فعله على وجه الوجوب او الاستحباب او الاباحة شاركته الامة فيه وكذلك ما امر به شاركته الامة فيه، مالم يدل الدليل على تخصيصه وقالت الاشعرية : لاتشاركه فيه الامة الا بدليل[٣] .

الثالث عشر : للخبر صيغة تدل عليه بنفسه فى اللغة .

وقالت الاشعرية : ليس للخبر صيغة تدل عليه بنفسه[٤] .

الرابع عشر : اذا قال الصحابى : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم فهو كالمسند اليه سماعا منه .

وذهب بعض الناس الى انه ليس كالمسند اليه سماعا، وهو قول الاشعرية[٥] .

---

(١) نفس المصدر (ص ١٧٢) و التى تليها .
(٢) نفس المصدر (ص ١٩٥) .
(٣) نفس المصدر (ص ٢٤٠) .
(٤) نفس المصدر (ص ٢٨٩) .
(٥) نفس المصدر (ص ٣٣٥) .

الخامس عشر : لايعتبر في صحة الاجماع اتفاق العامة.

وقال بعض المتكلمين : اتفاق العامة مع العلماء شرط في صحة الاجماع وهو قول ابي بكر ـ الباقلاني ـ الاشعري ، وقال بعضهم يعتبر اتفاق الاصوليين [١] .

السادس عشر : اذا قال الصحابي قولا وظهر ذلك في علماء الصحابة و انتشر ولم يعرف له مخالف كان ذلك اجماعا مقطوعا به ومن اصحابنا من قال : هو حجة وليس باجماع . وقال ابو علي بن ابي هريرة : ان كان ذلك حكما من حاكم منهم ، لم يكن ذلك اجماعا وقال القاضي ابو بكر الاشعري : ليس بحجة اصلا ، وهو مذهب داود [٢] .

السابع عشر : جعل المعلول علة و العلة معلولا لا يمنع من صحة العلة ، وذلك مثل ان يقول الشافعي في ظهار الذمي : من صح طلاقه صح ظهاره كالمسلم ، فيقول الحنفي : المسلم لم يصح ظهاره لانه يصح طلاقه ، بل صح طلاقه لانه يصح ظهاره .

وقال اصحاب ابي حنيفة : يمنع هذا صحة العلة . وهو مذهب القاضي ابي بكر ـ الباقلاني الاشعري ـ [٣] .

الثامن عشر : الحق من قول المجتهدين في الفروع واحد . . .

---

(١) نفس المصدر (ص ٣٧١) .

(٢) نفس المصدر (ص ٣٩١) .

(٣) نفس المصدر (ص ٤٧٩) .

وذهب كثير من الاشعرية الى ان كل مجتهد مصيب.[1]

التاسع عشر : الاعيان المنتفع بها قبل ان يرد الشرع على الوقف في قول كثير من اصحابنا ، فلا نقول انها مباحة ولا محظورة وهو قول الصيرفي وابي علي الطبري ومذهب الاشعري.[2]

هذا ماكان منه في التبصرة ، وقد ذكر خلاف الاشاعرة ايضا في كتابه اللمع ، فارجع اليه في هذه المواضع تجد النص عليها فيه ايضا .

ومن هنا تجد صحة قول الشيخ ابي الحسن الكرجي ، الذي يقول فيه : ومعروف شدة الشيخ ابي حامد -الاسفرائيني- على اهل الكلام ، حتى ميز اصول فقه الشافعي من اصول الاشعري وعلقه عنه الامام ابو بكر الزاذقاني ، وهو عندي ، وبه اقتدى الشيخ ابواسحاق في كتابيه اللمع و التبصرة ، حتى لو وافق قول الاشعري وجها لاصحابنا ميزه ، وقال : هو قول بعض اصحابنا وبه قالت الاشعرية ، ولم يعدهم من اصحاب الشافعي ، استنكفوا منهم و من مذهبهم في اصول الفقه فضلا عن اصول الدين .[3] ا.هـ

---

(١) نفس المصدر (ص ٤٩٨) .

(٢) نفس المصدر (ص ٥٣٢) .

(٣) الفتاوى الكبرى (٥ : ٣٣٩) .

تأويل النقل الثاني :

ان ابن عساكر اعتمد في الرد على من ظن ان الشيخ ابا اسحاق ليس اشعريا ، على ماكان الشيخ قد افتى به من عدم جواز لعن الاشعرية ، واوجب على ولي الامر ان يعزر من يفعل ذلك .

وهذا لايكفي في الدلالة على الدعوى من وجهين : الاول : ان لعن المسلم لايجوز على وجه التعيين مطلقا ، موافقا كان او مخالفا[١]

والوجه الثاني : ان الشيخ ابا اسحاق كما قال ابن تيمية قد علل عدم جواز لعنهم ، " بان لهم ذبا وردا على اهل البدع المخالفين للسنة"[٢] ، واما وصفه اياهم بانهم اهل السنة ، فمراده انهم الاقرب الى اهل السنة ، لموافقتهم لهم في اثبات بعض الصفات ، وان كانوا قد خالفوهم في الباقي . وايضا فان الامام ابا الحسن الاشعري كان يردد في غير ماموضع من كتبه ، كما قال ابن السبكي : بان عقيدته هي عقيدة الامام المبجل احمد بن حنبل[٣] . ا.هـ ومن هنا اصبح الاشاعرة ينسبون الى اهل السنة ، واما الحقيقة فان بين السلف والاشاعرة فرقا شاسعا من وجوه عديدة ، قد يبلغ الرئيسي منها خمسة عشر وجها[٤] .

---

(١) لما روى مسلم عن ثابت بن الضحاك مرفوعا : ولعن المؤمن كقتله كتاب الايمان ، باب غلظ تحريم قتل الانسان نفسه ، رقم ١٧٦ .

(٢) مجموع الفتاوى (٤ : ١٥) .

(٣) طبقات ابن السبكي (٣ : ٩٩) .

(٤) انظر بحث الاستاذ سفر الحوالي : منهج الاشاعرة في العقيدة .

وبهذه الاجابة نكون قد اجبنا عن النقل الثالث ايضا . ونزيد على ذلك، فنقول : ان بيان سبب ورود هذا الاستفتاء يلقى اضواء على الجواب الذى اجاب به الشيخ ابو اسحاق .

ذلك انه لما كانت الصولة للسلاطين البويهيين ، انتشر في البلاد مذهب الرفض و التشيع والاعتزال ، حتى اذا ماتمكن السلاجقة الاتراك من القضاء عليهم، عملوا على تخليص العالم الاسلامي مما لصق به من ادران معتقداتهم، وضلال مذاهبهم، فامر السلطان طغرلبك وكان سنيا ، بلعن اهل البدع على المنابر والجمع، فقرن ، كما قال ابن عساكر، وزيره ابو نصر منصور بن محمد الكندرى وكان معتزليا رافضيا اسم الاشاعرة باهل البدع، وجعل الناس يلعنونهم معهم حتى نكب العديد من الائمة في نيسابور كالامام ابى القاسم القشيرى وابى المعالى الجوينى ، فهجرا البلد والاهل و الولد ، حتى قيض الله لهذه الغمة من رفعها ، ولهذه الفتنة من ازالها بعد ان هلك ذلك الوزير و مات ذلك السلطان ، وولى بعده ابنه الب ارسلان واستوزر ابا على الحسن بن على بن اسحاق ، فاعز الله بهما اهل السنة، فامرا باسقاط ذكر الاشاعرة من اللعن و الثلب، وامرا بقمع اهل النفاق والبدع[1] بعد ان اوصل اليه الامام ابو بكر البيهقى كتابا ، اوضح له فيه ذلك اللبس واخبره بحقيقة عقيدة ابى الحسن الاشعرى وضلال

---

(١) انظر تأويل ابن عساكر لتلك الفتنة فى تبيين كذب المفترى (ص ١٠٨) .

المعتزلة والروافض[1]، فكانت المنحة بعد المحنة .

ولذلك سأل الناس عن حكم من اجتمعوا على لعن الاشاعرة والشيخ ابو اسحاق ينظر الى المسألة من حيث هى عدوان من اهل الرفض والاعتزال على اتباع ابى الحسن الاشعرى ولايعنى بذلك عرض الاشعرية على مذهب السلف ثم الحكم عليهم من خلال ذلك .

ولاشك ان مقارنة الاشاعرة بالمعتزلة ، يوجب تقديم الاشاعرة عليهم ، لانهم اقرب الى السنة منهم قطعا ، لان مقدار مايتفقون معهم فيه من الحق اكثر مما يتفق المعتزلة فيه مع اهل السنة ، فاستحقوا الحمد من هذه الحيثية[2] .

وعن تأويل النقل الرابع :

وهو انه انضم ابان الفتنة الى ابى نصر ابن القشيرى ، نقول ان ذلك لايدل على انه منهم ، لانه رأى ان الانضمام فى الصراع الى من هم اقرب الى اهل السنة واعنى بهم الاشعرية ، ينسجم مع مبدئه وهو نصرة مذهب اهل السنة من خلال اقرب الفرق اليهم ، وماذكرناه فى تأويل النقل الاول يصلح جوابا عما هنا ايضا ، وبالله تعالى التوفيق .

---

(١) انظرنص الكتاب المذكور فى تبيين كذب المفترى (ص ١٠٠) ، ومايليها .

(٢) انظرهذا المعنى فى مجموع الفتاوى (٤ : ١٦٧) .

ذكر تأويل النقل الخامس :

وهو ماورد في المحضر، وتأييد الشيخ ابى اسحاق لما فيه حيث وقع عليه ، بعد ان اكد مافيه، بما يفيد نصرة ما اثبته الاشعرية لله تعالى من الصفات، والرد على المجسمة والمشبهة واستنصار الوالى عليهم .

ونحن نرى ان كل ذلك حق فان ما اثبته الاشاعرة لله تعالى من الصفات العقلية السبع صحيح (١)، واهل السنة متفقون معهم فيها ولاشك ، الا انهم يزيدون عليها اثبات كل ماورد به الشرع، كتابا وسنة ، من صفات الله تعالى ، بلاتأويل ولاتكييف ولاتعطيل ،فاذا اشتجر الاشاعرة مع المعتزلة فى اثبات الصفات العقلية السبع فاهل السنة مع الاشاعرة في ذلك ، لان الحق فى هذاالمقدار من المختلف فيه بينهما ، مع الاشاعرة دون المعتزلة ، ولايلزم من تصحيح مقالهم فى هذا المقدار، تصحيح مذهبهم فىسائر الصفات والشيخ ابو اسحاق ايدهم وناصرهم على هذا المعنى ، فلايوجب ذلك الحكم عليه بانه كان اشعريا ، وبالله التأييد .

وايضا اذا اشتجر الاشاعرة مع الكرامية ، فى اثبات الصفات السبع، فاهل السنة مع الاشاعرة ،لان الكرامية قد اوغلوا فى الاثبات

---

(١) وهى ماورد النص عليها فى المحضر،وهى : العلم والقدرة والسمع والبصر والحياة والارادة والكلام . وانظر مجموع المتون متن الجوهرة (ص٤) .

فافضى بهم ذلك الى التجسيم والتشبيه . ولايعنى تأييدنا للاشاعرة فى هذه السبع ان يكون قولهم فى سائر الصفات حقا ، ولا ان نوسم بهذا التأييد باننا اشاعرة . وبالله تعالى نتأيد .

واما تأويل النقل السادس :

وهو ان المقريزى عد الشيخ ابا اسحاق فى جملة مؤيدى ابى الحسن الاشعرى فى سلوكه الوسط بين المعتزلة النفاة ، وبين الكرامية الموغلين فى الاثبات ، فهو ان المقريزى فى هذا مقلد لابن عساكر وامثاله ممن اعتبروا الشيخ ابا اسحاق من الاشعرية ، لما اوردنا من النقول الموحية بذلك ، والجواب عليه ، هو ما اجبنا به على تلك النقول .

وايضا فقد فعل مثل ذلك الشيخ ابن السبكى ، حيث عد الشيخ ابا اسحاق فى جملة اصحاب ابى الحسن الاشعرى ، ونقل ذلك عن ابن عساكر[1] .

ولاعجب ، فقد عد ابن عساكر علماء وائمة آخرين ايضا فى جملة الاشاعرة مع ما هم معروفون به من مناقضتهم للاشاعرة وتصريحهم بانهم على مذهب السلف ، من هؤلاء :

---

(١) انظر الطبقة الرابعة فى طبقات ابن السبكى (٢ : ٢٥٨) .

(١) الامام ابو الفتح نصر بن ابراهيم المقدسي ، المتوفى سنة تسعين واربعمائة صاحب كتاب " الحجة" مع كونه سلفي الاعتقاد فقد كان يقول : ان الله تعالى مستو على عرشه ، بائن من خلقه ، كما قال في كتابه [(١)] . ا . هـ

(٢) الامام ابو نعيم احمد بن عبدالله بن احمد الاصبهاني المتوفى سنة ثلاثين واربعمائة ،صاحب " الحلية" مع انه يقول في كتابه " الاعتقاد" : وان الاحاديث التي ثبتت في العرش واستواء الله عليه ، يقولون -اى السلف- بها ، ويثبتونها من غير تكييف ولا تمثيل ،وان الله بائن من خلقه ،والخلق بائنون منه [(٢)] . ا . هـ

(٣) الخطيب البغدادي ابو بكر احمد بن ثابت ، المتوفى سنة ثلاث وستين واربعمائة ، صاحب " تاريخ بغداد" مع كونه سلفي الاعتقاد ، فقد قال : اما الكلام في الصفات : فاما ماروى منها في السنن الصحاح ، فمذهب السلف اثباتها واجراؤها على ظواهرها ،ونفي الكيفية والتشبيه عنها ، والاصل فيها : ان الكلام في الصفات فرع على الكلام في الذات ،ونحتذى في ذلك حذوه ومثاله ، واذا كان معلوما اثبات رب العالمين

---

(١) العلو للعلي الغفار (ص١٨٧) ، وانظرترجمته فيتبيين كذب المفترى (ص٢٨٦) .

(٢) العلو للعلي الغفار(ص١٧٦) ، وانظرترجمته فيتبيين كذب المفترى (ص ٢٤٦) .

انما هو اثبات وجود لا اثبات تحديد وتكييف ، فكذلك اثبات صفاته انما هو اثبات وجود لا اثبات تحديد وتكييف ، فاذا قلنا يد وسمع وبصر ، فانما هو اثبات صفات اثبتها الله لنفسه ولا نقول ان معنى اليد : القدرة ، ولا ان معنى السمع والبصر : العلم ، ولا نقول انها جوارح وادوات للفعل ، ولا نشبهها بالايدى والاسماع والابصار ، التى هى جوارح وادوات للفعل ونقول : انما وجب اثباتها ، لان التوقيف ورد بها ، ووجب نفي التشبيه عنها لقوله تعالى (ليس كمثله شيء) [1] وقوله (ولم يكن له كفوا احد) [2] . ا . هـ [3]

وبجميع ماذكرنا يتبين خطأ ما ابداه الاستاذ احسان عباس فى مقدمته لطبقات الفقهاء للشيرازى ، من الجمع بين تلك النقول المختلفة عن عقيدته ، حيث ذهب الى ان الشيخ ابا اسحاق وافق اهل السنة في مسائل ، والاشاعرة فى مسائل اخرى ، فجمع بين المذهبين [4] .

ومن غريب مارأيت فى هذا الموضوع ، ماذهب اليه احد

---

(١) سورة الشورى : ١١

(٢) سورة الصمد : ٤

(٣) العلو للعلى الغفار (ص ١٨٥) ، وانظر ترجمته فى تبيين كذب المفترى (ص ٢٨٨) .

(٤) انظر طبقات الفقهاء للشيرازى (ص ١٨) .

المستشرقين المعاصرين ،ويدعى جورج مقدسى ، من ان الشيخ كان سلفيا ثم تحول الى الاشعرية ، تحت تأثير شخصية الوزير نظام الملك ، وقد حكى الاستاذ عبدالمجيد تركى رأيه هذا فقال : ويلاحظ جورج مقدسى ان الشيرازى اذ قبل منصبه الجديد في المدرسة اصبح عرضة لتأثير هذه الشخصية ،وانه فى الحقيقة لم يكن يرغب فى ان ينصب من النظامية منبرا للعقيدة الاشعرية ، وان هى الا قوة ضغط نظام الملك التى جرته شيئافشيئا الى الانسياق فى طريق هذه الدعوة .[1] ا.هـ

وقد استدل المذكور على ذلك ، بالحوار الذى دار اثناء المصالحة التى قام بها الوزيرابن جهير بين الشيخ ابى اسحاق والشريف ابى جعفر بامر الخليفة ، بعد نشوب الفتنة بين الحنابلة والشافعية ، حيث قال الشيخ ابو اسحاق للشريف ابى جعفر شيخ الحنابلة : انا ذاك الذى تعرف ، وهذه كتبى فى اصول الفقه ،اقول فيها خلافا للاشعرية . ثم قبل رأسه .[2] ا.هـ فجعل هذا النص دليلا على مدى تأثير شخصية نظام الملك على الشيخ ابى اسحاق حيث جره ذلك عما كان يعرفه الشريف ابو جعفر عن الشيخ ابى اسحاق من متابعته لمذهب السلف ، واقتضى ذلك ان يستدل له بمخالفته وردوده على الاشاعرة فيما كتبه فى اصول الفقه .

---

(١) انظر مقدمة كتاب الوصول (ص ٣٧) .

(٢) انظر مقدمة كتاب الوصول (ص ٣٧) .

وهذا الذى ذكره لايدل على انه اصبح اشعريا بعد ان كان سلفيا ، وانما يدل على انه كان سلفيا ولا زال سلفيا ، وان مناصرته لابى نصر ابن القشيرى ضد الحنابلة خلال الفتنة لاينبغى ان يفهم منها الشريف ابو جعفر انه اصبح مع الاشاعرة فى معتقدهم ، فقال له ماقاله ازالة للبس الناتج عن موقفه المذكور .

واما قوة تأثير شخصية نظام الملك ، فقد كان الشيخ ابو اسحاق يستفيد منها فى التأثير بها على خصومه من المشبهة ، ولم يكن لها تأثير عليه هو .

وايضا فان فى ملاحظته تلك خطأ آخر ، وهو انه اعتبر احجام الشيخ ابى اسحاق فى بادىء الامر عن القبول بالتدريس فى النظامية انما كان بسبب انه لم يكن يرغب فى ان تكون النظامية منبرا للعقيدة الاشعرية ، وهذا التأويل وان كان يخدم ماذهبنا اليه من ان الشيخ كان سلفيا ، الا انه لايؤيده نقل تاريخى .

والنقل التاريخى انما يؤيد التفسير القائل بانه ترك التدريس فيها فى بادىء الامر تورعا . وذلك لما نقل من ان شابا اخبره وهو فى طريقه الى المدرسة النظامية يوم الافتتاح[1] ، بان اكثر آلاتها

---

(١) وكان قد حضر المشايخ والعلماء ونظام الملك ، وجمع غفير من الطلبة قد جاءوا لحضور مراسم افتتاح المدرسة .

مغصوبة ، فعدل الشيخ عن ذلك ، ولم يحضر[١] ، بل غاب اياما لايدرى احد اين هو ، ثم ظهر بعد ايام فى مسجده بباب المراتب[٢] حيث عاد اليه يلقي فيه دروسه عشرين يوما ، مارس خلالها تلاميذه عليه ضغوطا ليقبل التدريس فى النظامية ، ففعل ، وعزل عنها ابن الصباغ ، ودرس بعده الشيخ ابو اسحاق فيها الى وفاته ، اى مايقرب من سبع وعشرين سنة ، لانها فتحت فى يوم السبت من ذى الحجة سنة تسع وخمسين[٣] وتوفى الشيخ سنة ست وسبعين واربعمائة كما سيأتى بيانه فى محله[٤] .

---

(١) فاستدعى نظام الملك الامام ابن الصباغ وقدكان سمى الشيخ ابى اسحاق ونظيره فى الامامةوالعلم والاتقان ، الا ان الشيخ يفوقه فى الخلافيات ، فالقى درس الافتتاح مكانه ، ومارس التدريس فيها عشرين يوما فقط ، ثم عزل بالشيخ ابى اسحاق .

(٢) هو احد ابواب دار الخلافة ببغداد ، وكان من اجل ابوابها واشرفها . . . داخله محلة كبيرة كان يسكنها الاكابر والتجار والاشراف وذووا البيوتات القديمة ، وكانت الدور بها عالية لها قيمة ، ثم باد اهلها وانتقلوا عنها . ا.هـ مراصد الاطلاع(١ : ١٤٦) .

(٣) انظر وفيات الاعيان (٣ : ٢١٧) رقم ٣٩٩ .

(٤) انما جعلت هذا الرأى والذى قبله فى آخر البحث ، ولم الحقهما بالرأيين السابقين اوله لانهما لايعتمدان على نقل تاريخى موثق .

المطلب الخامس : في شعر الشيخ ابي اسحاق

كان الشيخ ابو اسحاق يقول ويحفظ منه الكثير،(١) وينشده مع من يجالسه ، من غير ان يخل ذلك بوقاره ، لانتقائه منه احسنه مما يتضمن الوعظ والارشاد والاعتبار او المنادمة والتسلي من غير ما سرف ولا مخيلة .

حضر يوما عند يحيى بن علي بن يوسف بن القاسم بن يعقوب الصوفي برباطه بغزنة يعزيه عن ابن شيخه المطهر بن ابي سعيد بن ابي الخير، وكان قد غرق في الماء بالنهروان ، فانشد :

غريق كأن الموت رق لاخذه ... فلان له في صورة الماء جانبه

ابى الله ان انساه دهري فانه ... توفاه في الماء الذي انا شاربه (٢)

وفي مجال الوعظ ايضا والتذكير بالصبر وفضائله وخوف الله تعالى ، والصبر على قضائه وقدره ، وتحمل تبعات الحياة ومكارهها وان اشتدت ،حتى تنفرج يقول :

صبرت على بعض الاذى خوف كله ... والزمت نفسي صبرها فاستقرت

وجرعتها المكروه حتى تدربت ... ولو حملته جملة لاشمأزت

فيارب عز جر للنفس ذلة ... ويارب نفس بالتذلل عزت

وما العز الا خيفة الله وحده ... ومن خاف منه خافه ما اقلت

---

(١) طبقات ابن السبكي (٣ : ٩٧) .

(٢) المنتظم (٩ : ٦) .

فياصدق نفسي ان في الصدق حاجتي　　　فارضي بدنياي وان هي قلت
واهجر ابواب الملوك فانني　　　اري الحرص جلابا لكل مذلة
اذا مامددت الكف التمس الغني　　　الي غير من قال اسألوني فشلت
اذا طرقتني الحادثات بنكبة　　　تذكرت ماعوقيت منه فقلت
ومانكبة الا ولله منة　　　اذا قابلتها ادبرت واضمحلت
تبارك رزاق البرية كلها　　　على ماأراد لاعلى ما استحقت
فكم عاقل لايستنيب وجاهل　　　ترقت به احواله وتعلت (١)
وكم من جليل لايرام حجابه　　　بدار غرور ادبرت وتولت
بشرب القذى بالصفووالصفوبالقذى　　　ولو حسنت في كل حال لملت (٢)

ا . هـ

وقال في مجال التذكير باللهواللجوء اليه بعد الذنب وطلب العفو منه :

---

(١) هذا البيتوالذي يليه أصدق من قول ابي العلاء المعري :

كم عاقل عاقل اعيت مذاهبه　　　وجاهل جاهل تلقاه مرزوقا
هذا الذي ترك الاوهام حائرة　　　وصير العالم النحرير زنديقا

قال ابن السبكي : وقد احسن الذي قال نقضا عليه :

كم عاقل عاقل اعيت مذاهبه　　　وجاهل جاهل شبعان ريانا
هذا الذي زاد اهل الكفر لاسلموا
كفرا وزاد اهل الايمان ايمانا

الطبقات (٣ : ٩٧) .

(٢) طبقات ابن السبكي (٣ : ٩٧) .

ياعبد كم لك من ذنب ومعصية ... ان كنت ناسيها فالله احصاها
ياعبد لابد من ذنب تقوم له ... ووقفة منك تدمي الجفن ذكراها
اذا عرضت على نفسي تذكرها ... وساءظني قلت استغفر الله (١)

ا . هـ

وفي الرجاء والتضرع الى الله تعالى يقول :

لبست ثوب الرجاء والناس قد رقدوا ... وقمت اشكو الى الله ما اجد
وقلت ياعدتي في كل نائبة ... ومن عليه لكشف الضر اعتمد
اشكو اليك امورا انت تعلمها ... مالي على حملها صبر ولا جلد
وقد مددت يدي بالذل مبتهلا ... اليك ياخيرمن مدت اليه يد (٢)

وعن التمسك بالصديق المخلص اذا وجد يقول :

سألت الناس عن خل وفي ... فقالوا ما الى هذا سبيل
تمسك ان ظفرت بود حر ... فان الحر في الدنيا قليل (٣)

وللاصدقاء الاوفياء علامات تدل عليهم ، وهؤلاء هم الذين يجب ان يحرص المرء على مصاحبتهم ، لما في ذلك من فائدة دينية ودنيوية ، فعن ذلك يقول الشيخ ابو اسحاق ، فيما حكاه عنه ابو نصر ، قال صحبت الشيخ ابا اسحاق في طريق فانشدني :

---

(١) طبقات ابن السبكي (٣ : ٩٨) .

(٢) طبقات ابن السبكي (٣ : ٩٣) .

(٣) طبقات ابن السبكي (٣ : ٩٣) ، تبيين كذب المفترى (ص ٢٧٨) وفيات الاعيان (١ : ٢٩) ، الفتح المبين (١ : ٢٥٦) .

اذا طال الطريق عليك يوما ... فليس دواؤه الا الرفيق
تحدثه وتشكو ماتلاقي ... ويقرب بالحديث لك الطريق (١)

وفي دلالة العتاب على صدق المودة يقول :

اذا تخلفت عن صديق ... ولم يعاتبك في التخلف
فلا تعد بعدها اليه ... فانما وده تكلف (٢)

والشيخ ابو اسحاق اذ يصاحب بعض اقرانه او طلابه ، لا ينسى ان القلوب تفتقر بين الحين والاخر في غمرة الجد وعناء البحث والدرس والتلقين ، الى شيء من اللهو البريء الذي لا يذهب بالهيبة والوقار ولا يبعد عن العودة الى الجد ثانية ، فقد كان الشيخ ابو اسحاق ربما التقى بخادمه في المدرسة النظامية ابي طاهر بن شيبان بن محمد الدمشقي يقول له مداعبا ومؤنسا :

وشيخنا الشيخ ابو طاهر ... جمالنا في السر والظاهر (٣)

وانشد يوما وهو يمشي في الوحل ، ومعه تلميذه علي بن مسكويه فاكثر من الاشعار ، ثم استدرك على نفسه ذلك ، فقال ممازحا :

---

(١) المنتظم (٩ : ٧) .
(٢) طبقات ابن السبكي (٣ : ٩٣) .
ولعل زيادة حرف " عن " في الشطر الاخير من البيت الثاني ليصبح هكذا : " فانما وده عن تكلف " اولى ، ليستقيم وزن البيت .
(٣) طبقات ابن السبكي (٣ : ٩٢) .

انشادنا الاشعار في الوحل   هذا لعمري غاية الجهـل

فقال له تلميذه : ياسيدى : بل هذا لعمرى غاية الفضل[١] .

وداعب الشيخ ابو اسحاق ذات يوم احد تلامذته ، وهو المؤتمن ابن احمد بن الحسن بن عبيد الساجي ، ابو نصر الربعي ، من اعيان الحديث واثباته ، ولد سنة خمس واربعين واربعمائة ، فقال له :

وشيخنا الشيخ ابو نصـر   لا زال في عز وفي نصـر[٢]

وربما تكلم الشيخ ابو اسحاق في مسألة ، فسئل سؤالا غيروجيه فيقول :

سارت مشرقة وسرت مغربـا   شتان بين مشرق ومغـرب[٣]

وهكذا كان الشيخ ابو اسحاق مليح الاشعار كثيرها ، يضع الجميل منها في محله ، فترتاح له النفس ، ويحلو به المجلس .

---

(١) طبقات ابن السبكي (٣ : ٩٢) .
(٢) الامام الشيرازى (ص ١٥٦) .
(٣) طبقات ابن السبكي (٣ : ٩٥) .

المطلب السادس : في معرفة مشايخ الشيخ ابي اسحاق

تلقى الشيخ ابو اسحاق عن كثير من مشايخ عصره ، المشهود لهم بالتقوى وطول الباع في العلم ، مما ابقى في نفسه اثرا كبيرا في الجد في طلب العلم و الاستقامة في السلوك . حتى حاكاهم في الامامة والاستقامة .

وسأذكر اثني عشر من ابرز مشايخه الذين علق عنهم في مختلف الفنون ، مع ملاحظة الترتيب الزمني لوفياتهم ، في تسلسلهم :

(١) الزجاجي :

بضم الزاى وتخفيف الجيم ، هو القاضي ابو علي الحسن بن محمد بن العباس الطبرى ، المعروف بالزجاجي .

من اكابر فقهاء الشافعية ، له كتاب : زيادة الفتاح .

اخذ العلم عن ابى العباس بن القاص .

واخذ عنه فقهاء آمل ، ومنهم القاضي ابو الطيب والشيخ ابو اسحاق .

لم تعرف سنة و فاته على وجه التحديد ، لكنها فى اوائل القرن الرابع ، وقيل : قبل الاربعمائة ،[١] لكن لو كان كذلك ، فمتى اخذ عنه الشيرازى ، وقد ولد سنة ثلاث وتسعين و ثلاثمائة ، ومع ذلك فقد استظهره ابن السبكي[٢] .

---

(١) انظر طبقات ابن هداية الله (ص ١١٠) ، طبقات الشيرازى (ص ١١٧) .

(٢) انظر طبقات ابن السبكي (٢ : ٢١١) ، (٣ : ١٤٦) .

(٢) الفامى : القاضى ابو الفرج .

اخذ العلم عن بشر بن الحسين ، وكان اماما فى مذهب داود وعنه اخذ فقهاء شيراز مذهب داود .

وكان ايضا رأسا فى الكلام على مذهب المعتزلة .

قال الشيخ ابو اسحاق : وكنت اناظره بشيراز وانا صبى[١]. ا . هـ

قلت : توفى سنة ٤١٤هـ[٢] .

---

(١) طبقات الفقهاء للشيرازى (ص ١٧٩) .

(٢) طبقات ابن السبكى (٣ : ٢٨٥) .

(٣) ابن البيضاوى :

ابو عبد الله محمد بن عبد الله بن احمد بن محمد القاضـــــى بالكرخ من بغداد .

عده الشيخ ابو اسحاق فى جملة شيوخه وقال : سكن بغـــداد وتفقه على الداركى ، وحضرت مجلسه و علقت منه ، وكان ورعا حافظــــا للمذهب، والخلاف موفقا للفتاوى[١] . ا . هـ

وقد اخذ الشيرازى العلم عنه في شيراز وبغداد .

قال ابن السبكى :توفى فجأة ليلة الجمعة رابع عشر رجب سنـــة اربع و عشرين واربعمائة[٢] .

وقال ايضا : قال الخطيب : كتبت عنه وكان ثقة صدوقا دينـــا شديـــدا[٣] . ا . هـ

---

(١) طبقات الفقهاء للشيرازى (ص١٢٦) .

(٢) انظر طبقات ابن السبكى (٣ : ٦٣) .

(٣) انظر طبقات ابن السبكى (٣ : ٦٣) .

(٤) البرقاني :

بكسر الباء وفتحها ، احمد بن محمد بن احمد بن غالب، ابو بكر .

عده الشيرازي في جملة شيوخه ، في الطبقات فقال : ولد سنة ست وثلاثين وثلاثمائة ، وسكن بغداد ، ومات بها اول يوم من رجب سنة خمس و عشرين واربعمائة، تفقه في حداثته ، وصنف في الفقه ، ثم اشتغل بعلم الحديث، فصار فيه اماما [1] . ا . هـ

وقال فيه الامام ابو بكر الخطيب : استوطن بغداد ، وحدث فكتبنا عنه ، وكان ثقة، ورعا ، متقنا ، فهما ، لم نر في شيوخنا اثبت منه ، حافظا للقرآن ، عارفا بالفقه ، له حظ من علم العربية، كثير الحديث، حسن الفهم له والبصيرة فيه [2] . ا . هـ

وقال ابو محمد الخلال : البرقاني نسيج وحده [3] . ا . هـ

---

(١) طبقات الفقهاء للشيرازي (ص ١٢٧) .

(٢) طبقات ابن السبكي (٣ : ١٩) .

(٣) نفس المصدر .

(ه) ابو علي بن شاذان :

هو الحسن بن احمد بن ابراهيم بن الحسن بن محمد بن شاذان بن حرب بن مهران ، ابو علي البزاز . ولد سنة تسع وثلاثين وثلاث مائة لاثنتي عشرة ليلة خلت من ربيع الاول .

سمع عثمان بن احمد الدقاق ، واحمد بن سليمان العبادانى واحمد بن سليمان النجاد وغيرهم ، وقد كان صدوقا صحيح الكتاب.

وكان يفهم الكلام على مذهب الاشعرى .

كتب عنه جماعة من المشايخ ، منهم : ابو بكر البرقانى ، ومحمد بن طلحة ، وابو محمد الخلال ، وابو القاسم الازهرى وغيرهم .

قال فيه ابو الحسن بن رزقويه : ابو علي بن شاذان ثقة .

وقال الازهرى : ابو علي بن شاذان من اوثق من برأ الله في الحديث ، وسماعى منه احب الى من السماع من غيره .

قال يحيى بن محمد الكرمانى : كنا يوما بحضرة ابى على بن شاذان ، فدخل علينا رجل شاب لايعرفه منا احد ، فسلم ، ثم قال ايكم ابو علي بن شاذان ، فاشرنا له اليه ، فقال له : ايها الشيخ رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم في المنام ، فقال لى : سل عن ابى على بن شاذان ، فاذا لقيته فاقرئه منى السلام ، ثم انصرف الشاب .

فبكى ابو علي وقال : ما اعرف لى عملا استحق به هذا ، اللهم الا ان يكون صبرى على قراءة الحديث ، وتكرير الصلاة على النبى

صلى الله عليه وسلم كلما جاء ذكره .

قال الكرمانى : ولم يلبث ابو على بعد ذلك الا شهرين اوثلاثة حتى مات .

قال ابو بكر احمد بن على بن ثابت الحافظ : توفى ابن شاذان فى ليلة السبت مستهل المحرم من سنة ست وعشرين واربعمائة بعد صلاة العتمة . ا.هـ

قال ابن عساكر : وكان حنيفى الفروع[1] . ا.هـ

---

(١) انظر تبيين كذب المفترى (ص ٢٤٥) .

(٦) ابن رامين : ابو احمد عبد الوهاب بن محمد البغدادى .

وقد عده الشيخ ابو اسحاق فى جملة مشايخه فى طبقاته

وقال : درس على الداركى وعلى ابى الحسن بن خيران ، وسكن البصرة ودرس بها ، وكان فقيها اصوليا ، له مصنفات حسنة فى الاصول.[١] ا . هـ

قال ابن السبكى : قال ابن النجار : انه سمع من الدارقطنى وحدث بالبصرة و توفى فى شهر رمضان سنة ثلاثين واربعمائة.[٢] ا . هـ

(٧) القزوينى : ابو حاتم محمود بن الحسن الطبرى .

تفقه بآمل على شيوخ البلد ، ثم قدم بغداد ، وحضر مجلس الشيخ ابى حامد - الاسفرائينى - ودرس الفرائض على ابى الحسين بن اللبان ، واصول الفقه على القاضى ابى بكر الاشعرى رحمه الله ، وكان حافظا للمذهب والخلاف ، صنف كتبا كثيرة فى الخلاف والمذهب والاصول والجدل .

ودرس ببغداد وآمل ، ولم انتفع - اى الشيرازى - باحد فى الرحلة كما انتفعت به ، وبالقاضى ابى الطيب الطبرى ، وتوفى بآمل[٣] سنة ٤٠ ٤ هـ[٤] . ا . هـ

---

(١) طبقات الفقهاء للشيرازى (ص ١٢٥) .

(٢) طبقات ابن السبكى (٣ : ٢٨٦) .

(٣) طبقات الفقهاء (ص ١٣٠) ، وترجم له فى تبيين كذب المفترى (ص ٢٦٠) ، تهذيب الاسماء (٢ : ٢٠٧) ، رقم ٣١٦ ، وانظر طبقات ابن السبكى (٤ : ١٢) .

(٤) الطبقات لابن هداية الله (ص ١٤٥) .

(٨) الكرخــي : منصور بن عمر بن علي البغدادي .

من ائمة الشافعية .

وتفقه على الشيخ ابي حامد الاسفرائيني ، وله عنه تعليقـــة وصنف في المذهب كتاب الغنية ، ودرس ببغداد ، وتوفي بها سنـــة سبع واربعين واربعمائة .(١)

روى عن ابن ابي طاهر المخلص وابي القاسم الصيدلاني .

وروى عنه الخطيب البغدادي .

توفي ببغداد في جمادى الاخرة سنة سبع واربعين واربعمائة .(٢)

---

(١) طبقات الفقهاء للشيرازي (ص ١٢٩) والتي تليها .

(٢) انظر طبقات ابن هداية الله (ص ١٤٨) والتي تليها ، مـــع الهامش . تاريخ بغداد (١٣ : ٨٧) ، الانساب (ص ٤٧٩) .

(٩) ابو الطيب الطبرى :

هو الامام البارع فى علوم الفقه ، القاضى ابو الطيب طاهر بن عبد الله بن طاهر الطبرى من طبرستان ، ثم البغدادى .

ذكره الشيخ ابو اسحاق فى طبقاته فقال : هو شيخنا واستاذنا ولد سنة ثمان واربعين وثلاثمائة ، وتوفى سنة خمسين واربعمائة ، وهو ابن مائة وسنتين ، لم يختل عقله ولا تغير فهمه ، يفتى مع الفقهاء ، ويستدرك عليهم ، ويقضى ، ويشهد ، ويحضر المواكب بدار الخلافة الى ان مات .

قال : تفقه بآمل على ابى على صاحب ابن القاص ، وقرأ على ابى سعد الاسماعيلى ، وعلى القاضى ابو القاسم بن كج ، ثم ارتحل الى نيسابور ، وادرك ابا الحسن الماسرجسى صاحب ابى اسحاق المروزى ، فصحبه اربع سنين ، وتفقه عليه ، ثم ارتحل الى بغداد وعلق عن ابى محمد البافى ـ الباء الموحدة والفاء الخوارزمى ، صاحب الداركى ، وحضر مجلس الشيخ ابى حامد الاسفرائينى ، ولم ار فيمن رأيت اكمل اجتهادا ، واشد تحقيقا واجود نظرا منه .

شرح مختصر المزنى ، وصنف فى المذهب والاصول والخلاف والجدل كتبا كثيرة ليس لاحد مثلها ـ قلت : منها تعليقة فى نحو عشر مجلدات فى الفقه كثير الاستدلال والاقيسة ـ .[1]

---

(١) كشف الظنون (١ : ٤٢٤) .

ولازمت مجلسه بضع عشرة سنة، ودرست اصحابه فى مسجده سنين باذنه ورتبنى فى حلقته، وسألنى ان اجلس فى مسجده للتدريس، ففعلت ذلك فى سنة ثلاثين واربعمائة، احسن الله عنى جزاءه . ورضى عنه وارضاه [1] . ا. هـ

قال النووى : قال ابو محمد البافى بالفاء : ابو الطيب الطبرى افقه من ابى حامد الاسفرائينى، وقال الاسفرائينى : ابو الطيب افقه من البافى .

وقال الخطيب : وكان ابو الطيب ثقة صادقا دينا ورعا عارفا باصول الفقه وفروعه، محققا فى علومه، سليم الصدر حسن الخلق صحيح المذهب، جيد اللسان، يقول الشعر على طريقة الفقهاء . توفى يوم السبت لعشر بقين من شهر ربيع الاول سنة خمسين واربعمائة ودفن من الغد فى مقبرة باب حرب، وحضرت الصلاة عليه فى جامع المنصور [2] . ا. هـ

قال ابن السبكى : واذا اطلق الشيخ ابو اسحاق وشبهه من العراقيين لفظ القاضى مطلقا فى فن الفقه فاياه يعنون [3] . ا. هـ

---

(١) طبقات الفقهاء للشيرازى (ص ١٢٧) .

(٢) تهذيب النووى (٢ : ٢٤٨) .

(٣) طبقات ابن السبكى (٣ : ١٧٦) .

(١٠) الجلاب : القاضي ابو عبد الله .

عده الشيخ ابو اسحاق في جملة مشايخه في شيراز، وقال شيخنا القاضي ابو عبد الله الجلاب، خطيب شيراز وفقيهها . من اصحاب ابي نصر الحناط، وكان نظارا ، فصيحا ، اديبا ، درست عليه بشيراز.[١] ا.هـ

(١١) الشيرازي : ابو عبد الله محمد بن عمر .

ذكره الشيخ ابو اسحاق مع مشايخه، في الطبقات وقال : ومنهم شيخنا ابو عبد الله محمد بن عمر الشيرازي، من اصحاب ابي حامد الاسفرائيني . قال : وهو اول من علقت منه بفيروز اباد[٢] . ا.هـ

(١٢) الفندجاني : ابو احمد عبد الرحمن بن الحسين .

ذكره الشيرازي في جملة مشايخه، وقال : علقت منه بشيراز، والفندجان . وكان من اصحاب ابي حامد الاسفرائيني.[٣] ا.هـ

---

(١) طبقات الفقهاء للشيرازي (ص ١٣٣) .

(٢) طبقات الفقهاء للشيرازي (ص ١٣٤) .

(٣) طبقات الفقهاء للشيرازي (ص ١٣٦) .

المطلب السابع : في بيان تلاميذ الشيخ ابى اسحاق

تلقى عن الشيخ ابى اسحاق الكثيرون من الطلبة، الذين اصبحوا فيما بعد ائمة في قومهم، منهم القاضى، ومنهم الخطيب ومنهم الواعظ، ومنهم المدرس وقد كثروا حتى صاروا في كل صقع من اصقاع المعمورة آنذاك[١]، لما ان بغداد كانت مركز اشعاع العلم والمعرفة حتى كان ابناء الاندلس يفدون اليها، لينهلوا من معينها. ويرجعوا الى قومهم، فيحيى الله بهم علوما قد درست او كادت، وقد كان ابو الوليد الباجي المالكي واحدا من اولئك، فقد قام برحلة طويلة الى المشرق استغرقت نحوا من ثلاثة عشر عاما، نهل خلالها من علماء الشرق، ثم نشر علمه بين اهل الاندلس، فكان كغيث نزل بارض جدباء، فاحيا الله به العلوم و الفنون، وانتهت اليه الرياسة العلمية في وقته .

ولاغرو ان يكثر تلامذة الشيخ ابى اسحاق، " فقد درس مايزيد على ثلاثين عاما، وافتى قريبا من خمسين[٢] . وهو مع ذلك، طلق الوجه في درسه ومجالسه، دائم البشر، مليح المحاورة، يحكي الحكايات الحسنة، وينشد الاشعار المليحة و يحفظ منها كثيرا[٣] .

---

(١) انظر تهذيب النووى (٢ : ١٧٣)، المجموع (١ : ٣٣) .

(٢) معجم البلدان (٣ : ٣٨١) .

(٣) انظر طبقات ابن السبكى (٣ : ٩٢)، المنتظم (٩ : ٦) .

بل كان يما زح طلابه و مجالسيه ، حكى ابو نصر احمد بن محمد بن عبد القاهر الخطيب الموصلى ، قال : لما جئت الى بغداد قاصدا الشيخ ابا اسحاق ، رحب بى ، وقال : من اى البلاد انت ؟

فقلت : من الموصل .

فقال : مرحبا ، انت بلديى ، - اى من بلدى - .

فقلت : ياسيدى ، انا من الموصل ، وانت من فيروز اباذ .

فقال : ياولدى اما جمعتنا سفينة نوح[1] . ا . هـ

ولعل لاخلاصه واسلوبه هذا اثرا كبيرا فى ميل القلوب اليه والاحاطة به للاخذ عنه ، والاستفادة من علمه . حتى كثروا كثرة لعله لم يشركه فيها غيره ، وقد عد الاستاذ حسن هيتو فى ترجمته ثلاثة وخمسين تلميذا ، تخرجوا عليه و اضحوا ائمة فى قومهم ، وسادة بين اممهم . واليك ترجمة طائفة منهم :

---

(١) طبقات ابن السبكى (٣ : ٩٣) .

(١) الخطيب البغدادى :

هو الحافظ ابو بكر احمد بن على بن ثابت الخطيب البغدادى

تفقه على المحاملى .

والقاضى ابى الطيب الطبرى ، واستفاد من الشيخ ابى اسحاق .

برع فى الحديث حتى صار حافظا فى زمانه [(١)] .

وحضر مرة درس الشيخ ابى اسحاق فروى الشيخ حديثا من رواية بحر بن كثير السقاء ثم قال للخطيب : ماتقول فيه ؟ فاجاب باسهاب فقال الشيخ ابو اسحاق : هو دارقطنى عهدنا [(٢)] . ا . هـ

قال فيه القاضى الحافظ ابو نصر على بن هبة الله المعروف بابن ماكولا : كان احد الاعيان ممن شاهدناه ، معرفة واتقانا وحفظا وضبطا لحديث رسول الله صلى الله عليه وسلم وتفننا فى علله واسانيده وخبرة برواته وناقليه ، وعلما بصحيحه وغريبه ، وفرده ومنكره وسقيمه ومطروحه ، ولم يكن للبغداديين بعد ابى الحسن على بن عمر الدارقطنى من يجرى مجراه ، ولا قام بعده منهم بهذا الشأن سواه [(٣)] . ا . هـ

ولد ببغداد سنة اثنتين وتسعين وثلاثمائة ، ولما برع فى العلوم رحل الى دمشق ، واقام بها ست سنين ، ابان دولة الفاطمى

---

(١) طبقات الشافعية لابن هداية الله (ص ١٦٤) .

(٢) طبقات ابن السبكى (٣ : ١٤) .

(٣) تبيين كذب المفترى (ص ٢٦٨) .

وقد كان المؤذن فى وقته يقول : حى على خير العمل ، وكان الخطيب يمنعه . فضاقوا منه حتى هموا بقتله فخرج الى صور فى جنوب لبنان فاقام بها مدة ، ثم رجع الى بغداد .

توفى فى بغداد يوم الاثنين سابع ذى الحجة سنة ثلاث وستين واربعمائة . ودفن الى جانب بشر الحافى كما كان يتمناه فى حياته .

وكان من حاملى جنازته الشيخ ابو اسحاق ، وقد استفاد الشيخ ابو اسحاق منه كثيرا ، وكان يراجعه فى الاحاديث .(١)

(٢) الجرجانى : القاضى ، ابو العباس احمد بن محمد .

هو صاحب المعاياة والشافى والتحرير وغيرها تولى القضاء بالبصرة ومارس التدريس فيها ، وقد كان اماما فى الفقه والادب ، له كتاب الادباء .

سمع الحديث من ابى طالب بن غيلان وابى الحسن القزوينى والقاضيين ابى الحسن الماوردى وابى الطيب الطبرى ، كما سمعه ايضا من ابى بكر الخطيب وابن شاذان .

وروى عنه الحافظ ابو على بن سكرة ، واسماعيل بن السمرقندى وابو طاهر الكرخى . وتفقه على الشيخ ابى اسحاق .

قال ابن السبكى : وقد كان اماما فيه - اى فى الفقه - ماهرا وفارسا مقداما ، وتصانيفه فيه تنبئ عن ذلك ، توفى سنة اثنتين وثمانين واربعمائة .(٢)

---

(١) طبقات ابن هداية الله (ص ١٦٥) والتى تليها .

(٢) طبقات ابن السبكى (٣ : ٣١) ، وانظر طبقات ابن هداية الله (ص ١٧٨) .

(٣) العبدرى : ابو الحسن على بن سعيد بن عبد الرحمن البغدادى ، منسوب الى عبد الدار .

تفقه على الشيخ ابى اسحاق ، وبرع في المذهب ، وصار احد ائمة الوجوه .

توفى ببغداد سنة ثلاث وتسعين واربعمائة [١] . ا . هـ

قال ابن السبكي : كان رجلا عالما مفتيا عارفا باختلاف العلماء ، اخذ عن ابى محمد بن حزم الظاهرى واخذ عنه ابن حزم ايضا .

ثم جاء الى المشرق ، وحج ودخل بغداد ، وترك مذهب ابن حزم ، وتفقه للشافعى على ابى اسحاق الشيرازى وبعده على ابى بكر الشاشى . ا . هـ

سمع الحديث من القاضى ابى الطيب الطبرى والقاضى ابى الحسن الماوردى .

وروى عنه ابو القاسم بن السمرقندى وسعد الحيرى وغيرهما .

توفى ببغداد يوم السبت سادس عشر جمادى الاخرة سنة ثلاث وتسعين واربعمائة [٢] .

---

(١) طبقات ابن هداية الله (ص١٨٣) .

(٢) طبقات ابن السبكى (٣ : ٢٩٨) .

(٤) الباجي : ابو الوليد ، سليمان بن خلف بن سعد بن ايوب ابن وارث الباجي ، نسبة الى بلدة باجة في الاندلس .

اخذ في الاندلس عن ابي الاصبغ وابي محمد مكي ، وابي شاكر وغيرهم .

قام برحلته المشهورة الى المشرق سنة ست وعشرين واربعمائة فاقام بالحجاز ثلاثة اعوام ، سمع من المطوعي وابي بكر بن سحتويه وابن محرز وابن محمود الوراق . ثم رحل الى بغداد ، فاقام بها ثلاثة اعوام فسمع الفقه من ابي الفضل بن عروس شيخ المالكية ، وابي الطيب الطبري والشيخ ابي اسحاق الشافعيين ، وابي عبد الله الدامغاني والصيمري الحنفيين . وغيرهم . وقد اخذ الحديث عن الخطيب واخذ الخطيب عنه .

ثم رحل الى الشام فسمع من السمسار وغيره ، وتولى قضاء حلب.

ودخل بعدها الموصل فاقام بها عاما سمع من السمناني الاصول .

ثم دخل مصر ، فسمع من ابي محمد بن الوليد وغيره .

واستمرت رحلته المشرقية نحو ثلاثة عشر عاما . ولما عاد الى الاندلس حاز الرياسة فيها وكان له مع ابن حزم مناظرات ومناظرات[1]

---

(١) وقد افردت هذه المناظرات في كتاب ، قدم طلب الطبع له في الجزائر سنة ١٩٧٥م في الشركة الوطنية للنشر والتوزيع كما اشار الى ذلك في مقدمة كتاب الوصول (ص ٧) .

ففشا علمه وعظم جاهه وكثر ماله بعد فقر لازمه طول رحلته ، لما ان الرؤساء استعملوه في الرسل بينهم ، واجزلوا له العطاء ، وقد رفع الله به العلم بعد ما انخفضت رايته هناك كما يرى ابن العربي قلت : وكأنه تناسى ابن حزم وابن عبد البر وغيرهما من فحول العلماء الا ان التعصب هنا مدخله ، فقد كان هو مالكيا متعصبا للمذهب وهما مجتهدان يأخذان ماقوى دليله من اقوال الفقهاء ويردان ماعداه .

وللباجي مؤلفات كثيرة ، منها الاستيفاء والمنتقى والايماء والسراج وكتاب في مسائل الخلاف ، لكنه لم يتمه والمقتبس وغيرها[1] .

توفي سنة اربع وتسعين واربعمائة للهجرة .

(٥) الطبري : ابو عبد الله الحسين بن علي .

تفقه على ناصر العمري بخراسان ، وابي الطيب الطبري ببغداد وهو صغير ثم لازم الشيخ ابا اسحاق حتى برع وصار من عظماء اصحابه درس مع ابي على الفامي بالنظامية بالتعاقب يدرس احدهما يوما والاخر يوما ، ثم عزلا بالغزالي ابي حامد الى ان ترك الغزالي التدريس بها فاعيد الطبري ثانية .

كان اماما اشعريا في عقيدته ، حتى جرت بينه وبين الحنابلة القائلين بالحرف والصوت خطوب[2] .

---

(١) انظر الديباج المذهب (ص ١٢٠) ومابعدها .

(٢) الاشاعرة ينكرون صفة الكلام ويقولون ان كلام الله تعالى نفسي . والحنابلة يثبتونها له تعالى .

سمع الحديث من القاضى ابى الطيب الطبرى والشيخ ابى اسحاق وغيرهما .

روى عنه اسماعيل الحافظ، وابو طاهر السلفى وغيرهما .

صنف كتاب العدة شرحا على ابانة الفورانى .

توفى سنة خمس وتسعين واربعمائة . قال ابن السبكى: لا ادرى بمكة ام باصبهان[1] .

(٦) الخرقى : عبد الرحمن بن محمد بن ثابت . ابوالقاسم .

كان فقيها ورعا زاهدا ، يعرف بمفتى الحرمين من قرية خرق بفتحتين . تفقه على الفورانى بمرو، ثم على القاضى حسين بمرو الروذ ثم على ابى سهل احمد بن على الابيوردى ببخارى ، ثم صحب الشيخ ابا اسحاق ببغداد ، وحج ورجع الى قريته وانقطع للعلم والعبادة .

سمع الحديث من ابى عثمان الصابونى وناصر العمرى والاستاذ ابى نصر القشيرى وغيرهم. توفى فى ربيع الاول سنة خمس وتسعين واربعمائة[2] .

(٧) الشارقى : احمد بن محمد بن عبد الرحمن ، ابوالعباس الانصارى .

تفقه على الشيخ ابى اسحاق .

دخل العراق وفارس والاهواز ومصر ثم رجع الى المغرب وسكن سبتة وفاس . كان دينا بكاء واعظا .

توفى فى الاندلس فى نحو الخمسمائة .

له رحلة روى فيها بمكة عن كريمة المروزية . الف كتابا مختصرا فى احكام الصلاة[3] .

---

(١) انظر طبقات ابن السبكى (٣ : ١٥٢) .
(٢) طبقات ابن السبكى (٣ : ٢٢٧) .
(٣) طبقات ابن السبكى (٤ : ٥٣) ، الديباج المذهب (ص ٥٥) .

(٨) الشاشي : فخر الاسلام محمد بن احمد بن الحسين .

تفقه على الشيخ ابى اسحاق الشيرازى وغيره .

وكان معيدا له ، وولى التدريس بالمدرسة النظامية وغيرها ببغداد .

له تصانيف عديدة منها : العمدة و الترغيب والشافى .

اخذ عنه الفقه جماعة منهم : القاضى ابو العباس بن الرطبى وابنه ابو المظفر، كما اخذه عنه ايضا ابو محمد بن ابى بكر وغيرهم .

مات يوم السبت الخامس والعشرين من شوال سنة سبعوخمسمائة.(١)

واليه انتهت رياسة اصحاب الشافعى ببغداد .

دفن مع شيخه ابى اسحاق فى قبر واحد .

وقد كان يسمى الجنيد ، لدينه وورعه وعلمه وزهده .(٢)

وهذا الاسم " الشاشي" يطلق على ثلاثة من الائمة :

الاول : ابو بكر محمد بن على بن اسماعيل القفال الكبير توفى سنة خمس وستين وثلاثمائة .

الثانى : ابنه : قاسم بن محمد بن على القفال . توفى سنة اربعمائة .

---

(١) ووقع فى تبيين كذب المفترى خطأ انه توفى سنة سبع وسبعين وخمسمائة . انظر (ص ٣٠٦) ، وصوابه ما اثبتناه . انظرطبقات ابن السبكى (٤ : ٥٨) ، وقال ابن هداية الله (ص١٩٧): سنة خمس وخمسمائة .

(٢) تبيين كذب المفترى (ص٣٠٦) ، وانظر طبقات ابن السبكى (٤ : ٥٧) والتى تليها .

الثالث : ابو بكر محمد بن احمد الشاشي ، الملقب بفخر الاسلام ، وهو تلميذ الشيخ ابى اسحاق . وقد كان له ولدان فقيهان مناظران ، وكانا يفتيان فى حياة والداهما ، احدهما : عبدالله بن محمد ، توفى سنة ثمان وعشرين وخمسمائة. وثانيهما : احمد بن محمد ، توفى بعد اخيه بعام واحد [١] .

(٩) العكبرى : ابو القاسم عبدالله بن محمد بن احمد بن محمد بن المعلم .

كان اديبا ، تفقه على الشيخ ابى اسحاق .

وسمع الحديث من جماعة .

وصنف الانتصار لحمزة الزيات ، فيما نسبه اليه ابن قتيبة فى مشكل القرآن .

وله شعر جيد .

توفى سنة ست عشرة وخمسمائة [٢] .

(١٠) ابو العز القلانسي : محمد بن الحسين بن على بن بندار .

من اهل واسط ، تفقه على الشيخ ابى اسحاق .

سمع من ابى الحسين بن المهتدى ، وابى الغنائم بن المأمون وابى جعفر بن المسلمة .

وقرأ القرآن على جماعة .

---

(١) طبقات ابن هداية الله (١٩٧) والتى تليها .

(٢) طبقات ابن السبكى (٤ : ٢٣٦) .

عاش طويلا ، حتى اخذ عنه الكثيرون ، وقصدوه من البلدان .

توفي في شوال سنة احدى وعشرين وخمسمائة[١] .

قال الذهبي : قال السمعاني : سمعت عبد الوهاب الانماطي ينسبه الى الرفض واساء عليه الثناء .

قال المؤلف - اى الذهبي - اما الرفض فلا ، فله ابيات في تعظيم الاربعة الراشدين ، ان لم يكن نظمها تقية .

- ثم قال - : ابو العز عندنا مع ذلك ثقة في القراءات ، مرضي[٢] .

(١١) الموشيلي : غانم بن الحسين ، ابو الغنائم .

ينسب الى موشيلا وهو كتاب للنصارى .

وقد كان جده نصرانيا من اهل ارمية من بلاد اذربيجان .

قال ابن السمعاني : فقيه ، ورع ، مفت ، مناظر .

ورد بغداد واقام فيها .

تفقه على الشيخ ابي اسحاق ، وتفقه بنيسابور على امام الحرمين .

ناظر ابا سعد المتولي وظهر كلامه فقال الشيخ ابو اسحاق لغانم : كان كلامك اجود من كلام ابي سعد .

توفي بارمية في حدود سنة خمس وعشرين وخمسمائة[٣] .

---

(١) انظر طبقات ابن السبكي (٤ : ٦٧) .

(٢) ميزان الاعتدال (٣ : ٥٢٥) .

(٣) طبقات ابن السبكي (٤ : ٢٩٠) والتي تليها .

(١٢) الحريري : القاسم بن علي بن محمد بن عثمان .

صاحب المقامات . من اهل البصرة . ولد سنة ست واربعين واربعمائة .

تفقه على الشيخ ابى اسحاق وابن الصباغ .

وقرأ الفرائض على ابى الفضل الهمذانى .

اخذ الادب عن المجاشعى ، وكان من البلاغة والفصاحة بالمحل الرفيع ، تشهد به مقاماته التي لا نظير لها .

رشيق النظم والنثر ، حلو الالفاظ ، عذب العبارة ، امام متقدم في الادب وفنونه .

قال ابن السمعاني : لم يكن له فى فنه نظير فى عصره ، فاق اهل زمانه بالذكاء والفصاحة وتنميق العبارة وتحسينها وكان فيما يذكر غنيا كثير المال .

سمع الحديث من ابى تمام محمد بن الحسن المقرى وابى القاسم ابن الفضل العثمانى . وروى عنه ابو الفضل بن ناصر وابو بكر عبد الله ابن محمد بن النقور .

توفى يوم الاثنين ثانى رجب سنة ست عشرة وخمسمائة[1] .

---

(١) انظر طبقات ابن السبكى (٤ : ٢٩٥) والتى تليها ، المنتظم (٩ : ٢٤١) .

(١٣) ابن الرطبي : احمد بن سلامة بن عبد الله بن مخلد بن ابراهيم العجلي الكرخي .

يكنى بابى العباس بن الرطبي . من اهل كرخ بعقوبا .

يضرب به المثل فى الخلاف و المناظرة .

تفقه بالشيخ ابى اسحاق ، ثم لازم الشيخ ابا بكر الشاشي بعد وفاة الشيخ ابى اسحاق .

رحل الى اصبهان وتفقه بالامام ابى بكر محمد بن ثابت الخجندى مدرس النظامية باصبهان ، وسمع بها شيئا من الحديث ثم رجع الى العراق .

تزهد فى بادىء امره ، ثم تقدم عند الخلفاء ، وولى قضاء نهر معلى ببغداد .

كما تولى الحسبة والنظر فى الاوقاف وتولى الصلاة بامير المؤمنين المسترشد بالله ، وتأديب ولده ابى جعفر المنصور الراشد بالله .

كان مقدما فى المعرفة بالمذهب والخلاف ، حسن المناظرة حلو العبارة .

مات ليلة الاثنين مستهل رجب سنة سبع وعشرين وخمسمائة ودفن فى تربة الشيخ ابى اسحاق الشيرازى (١) .

---

(١) انظر تبيين كذب المفترى (ص ٣٢١) ، طبقات ابن السبكي (٤ : ٣٨) .

(١٤) ابن منصور العجلى : ابو على احمد بن سعيد بن على ابن الحسين بن القاسم بن غياث الهمذانى ، المعروف بالبديع .

رحل الى اصبهان وبغداد والكوفة والرى .

سمع الشيخ ابا اسحاق الشيرازى ويوسف بن محمد الهمذانى والخطيب وغيرهم .

وروى عنه ابن عساكر وابن السمعانى وابن الجوزى ، وغيرهم .

قال ابن السمعانى : شيخ امام فاضل ثقة ، كبير جليل القدر واسع الرواية حسن المعاشرة ، وله شعر جيد ، توفى فى رجب سنة خمس وثلاثين وخمسمائة .[١] ا . هـ

(١٥) الزنجانى : يوسف بن الحسن بن محمد بن الحسين ابو الهيثم التفكرى .

سمع من ابى نعيم الحافظ وغيره .

وتفقه على الشيخ ابى اسحاق الشيرازى . ولد سنة ٣٩٥ هـ .[٢]

---

(١) طبقات ابن السبكى (٤ : ٣٨) .

(٢) الكامل (١٠ : ١١٩) .

المطلب الثامن : فى مؤلفات الشيخ ابى اسحاق

للشيخ ابى اسحاق كتب عديدة ، فى غير مافن ، تلقتها الامة بالقبول ، لمكان اخلاص الشيخ فى كتابتها ، وارادته بذلك نصرة دين الله والذب عنه ، والمشاركة فى اسباب حفظه بين الناس ، بنشره وتوضيحه ، فالفت كتبه القلوب فاقبلت عليها ، حفظا وشرحا واختصارا وتعليقا ، وسارت بها الركبان ، الى كل صقع ومكان ، كمسير الشمس ودارت الدنيا ، فما جحد فضلها الا الذى يتخبطه الشيطان من المس ، بعذوبة لفظ احلى من الشهد بلا نحله ، وحلاوة تصانيف فكأنما عناها البحترى بقوله :

واذا دجت اقلامه ثم انتجت ... برقت مصابيح الدجى فى كتبه
باللفظ يقرب فهمه فى بعده ... فتيا ويبعد نيله فى قربه
حكم سحائبها خلال بنانه ... هطالة وقليبها فى قلبه
فالروض مختلف بحمرة نوره ... وبياض زهرته وخضرة عشبه
وكأنها والسمع معقود بها ... شخص الحبيب بدا العين محبه (١)

ولا غرو فلقد كان يضرب به المثل فى الفصاحة (٢) ، فخلت كتبه من التعقيد بكل اشكاله ، وامتلأت بالعلم المفيد القريب باعذب واقل الفاظه .

---

(١) طبقات ابن السبكى (٣ : ٨٨) .

(٢) انظر طبقات ابن السبكى (٣ : ٨٩) .

وقد الف فى فنون عديدة، فى العقيدة والفقه والاصول والخلاف والمذهب، والجدل والمناظرة، والتاريخ .

واليك سرد ماوقفت عليه من مؤلفاته رحمه الله مرتبة على الحروف الهجائية :

الكتاب الاول : الاشارة الى مذهب الحق .

ذكره بروكلمان فى كتابه تاريخ الادب العربى[(١)] . ولكن احدا ممن ترجم للشيخ ابى اسحاق لم يذكره اصلا ، قبل بروكلمان .

وسماه فى فهرس المكتبة الوطنية بباريس : شرح مغيث الخلق فى اختيار الحق ، وقال انه شرح لكتاب صنفه ابو المعالى عبد الملك ابن عبد الله بن يوسف الجوينى[(٢)] . عدد اوراق المخطوط سبع وخمسون ورقة قياس ٢٦ × ١٨ سم فى الفقه الشافعى . رقمه ست وتسعون وثمانمائة و خمسة آلاف . ولعل هاهنا خطأ . فان الكتاب للجوينى

---

(١) انظر (١ : ٤٨٤-٤٨٦) ، الملحق (١ : ٦٦٩ ، ٦٧٠) . نبه الى ذلك الاستاذ عبد المجيد تركى فى مقدمة الوصول الى مسائل الاصول (ص ٥١) .
ولم يذكره غير بروكلمان فيما علمت حتى الان .

(٢) ذكر هذا الكتاب : مغيث الخلق فى اختيار الاحق ، فى كشف الظنون (٢ : ١٧٥٤) وقال انه مختصر للامام ابى المعالى المتوفى سنة ثمان وسبعين واربعمائة . اوله الحمد لله الذى خص من يشاء من الانام . . الخ . صنفه لترجيح مذهب الشافعى على غيره ، وجعل له مقدمة فى بيان ماهية الترجيح .

وقد ذكره فى كشف الظنون ولم يذكر ان للشيخ ابى اسحاق شرحا عليه .

الكتاب الثاني : التبصرة فى اصول الفقه[(١)] .

ذكره حاجي خليفة، وذكر ان لابى الفتح عثمان بن جني شرحا عليه[(٢)] .

وفي صحة نسبة هذا الشرح لابن جني نظر، لان ابن جني توفى سنة ثنتين وتسعين وثلاثمائة، في حين ولد الشيخ ابواسحاق سنة ثلاث وتسعين وثلاثمائة .

ويوجد نسخة من التبصرة فى المكتبة الازهرية برقم ١٧٨٥ امبابى نسبة الى الخزانة الموقوف فيها الكتاب، والتي تعود الى الشيخ محمد الانبابى بن الحاج محمد الانبابى، والخزانة تابعة للمكتبة الازهرية الان[(٣)] .

ويعود تاريخ نسخها الى سنة احدى وخمسين وسبعمائة .

عدد اوراقها اربع واربعون ومائة ورقة .

---

(١) ورد ذكره فى : وفيات الاعيان (١ : ٢٩) ، البداية والنهاية (١٢ : ١٢٤) ، طبقات ابن السبكى (٣ : ٨٨) ، المنتظم (٩ : ٦) ، مفتاح السعادة (٢ : ٣١٨) ، كشف الظنون (١ : ٣٣٩) ، هداية العارفين (٥ : ٨) ، دائرة معارف القرن العشرين (٥ : ٤٢٢) ، الفتح المبين (١ : ٢٥٦) ، معجم المؤلفين (١ : ٦٩) ، الاعلام (١ : ٥١) ، الامام الشيرازى (ص ١٧٨)

(٢) كشف الظنون (١ : ٣٣٩) .

(٣) انظر فهرس المكتبة الازهرية (٢ : ١٦) .

وقد قام بتحقيق هذا الكتاب الاستاذ محمد حسن هيتو وقدمه رسالة لنيل درجة الدكتوراه في جامعة الازهر بمصر سنة اثنتين وتسعين وثلاثمائة والف للهجرة، وقد تم نشر الكتاب سنة اربعمائة والف، قدم له بترجمة جيدة للامام الشيخ ابى اسحاق، حاول ان يستقصى فيها مايتعلق بجوانب حياته العلمية، فوفق في الكثير من مباحثه . الا انني قد خالفته وخاصة في الحكم على الشيخ ابي اسحاق بانه كان اشعريا في عقيدته، لان النقول التاريخية لا تساعد على ذلك، كما بسطت ذلك في محله .

وانظر تتمة الكلام على اوصاف المخطوطة في مقدمته لكتاب التبصرة [(١)] .

وكتاب التبصرة هذا تنحصر مباحثه في المسائل الاصولية المختلف فيها فقط، كما نص على ذلك الشيخ في مقدمتها، فالكتاب اذن وضع للمتخصصين في اصول الفقه، لان المباحث التمهيدية لكل فصل فيه او كتاب لا وجود لها فيه وعلى من ارادها، ان يطلبها في غيره، لانه كتاب موضوع للعلماء، لا للمبتدئين . شأنه في ذلك شأن كتابه النكت في الفقه، الاتي ذكره في محله ان شاء الله تعالى .

الكتاب الثالث : تذكرة المسئولين في الخلاف بين المذهبين الحنفي والشافعي [(٢)] .

---

(١) انظر التبصرة (ص ٦) ومابعدها .

(٢) ورد ذكره في كل من : كشف الظنون (١ : ٣٩١) ، هدية العارفين (٥ : ٨) ، دائرة المعارف الاسلامية (١٤ : ٢٣)

وصفه حاجي خليفة : بانه كبير في مجلدات[1] . ا.هـ

وفي دائرة المعارف الاسلامية : وهو كتاب في الاختلاف في عدة مجلدات يتناول اقوال الحنفية والشافعية . والظاهر انه لم يصل الى ايدينا[2] . ا.هـ

ولعل في ذكرهما اياه ، في قائمة مؤلفاته مع النكت الاتي ذكره في محله ، مايدل على انهما يريان انه غيره .

والظاهر انه هو ، وماذكره في دائرة المعارف تابع فيه صاحب الكشف ، ولعل صاحب الكشف يشير الى النسخة المجزأة الى ثلاثة اجزاء من كتاب النكت ، كما سيأتي بيانه ، لاسيما وانه لم يصل الينا منها الا الجزء الثاني ، وهو الاوسط منها ، فلعل الناسخ تصرف في العنوان في الجزء الاول ، او ان مالك النسخة التي اطلع عليها صاحب الكشف قد تصرف في العنوان فاورث بذلك شبهة في اي العنوانين هو الصحيح ، فان مثل ذلك قد حصل في الجزء الثاني منه . فقد ذكر في اعلى صفحة العنوان عبارة : هذا كتاب رحمة الامة في اختلاف الائمة ، وليس الامر كذلك . لاسيما اذا انضم الى هذا المعنى ان احدا ممن سبق حاجي خليفة وترجم للشيخ ابي اسحاق وذكر كتبه ، لم يذكر اسم هذا الكتاب معها ، مما يقوى الظن

---

(١) كشف الظنون (١ : ٣٩١) .

(٢) دائرة المعارف الاسلامية (١٤ : ٢٣) .

بان هذا الكتاب، هو عين كتاب النكت، والله تعالى اعلم .

وماذكره الاستاذ حسن هيتو من ان " تذكرة الخلاف" الذى المح اليه الزركشي في كتابه البحر المحيط، غير كتاب النكت، بحجة ان النكت مشهور، (١) لا يستقيم، لان الزركشي اختصر اسم الكتاب بعنوانه هنا اعني :" تذكرة المسئولين في الخلاف بين المذهبين، (٢) وقد علمت ان هذا الكتاب هو عين كتاب النكت، فيكون تذكرة الخلاف هو عين النكت ايضا، والله اعلم .

الكتاب الرابع : تلخيص علل الفقه .

هذا الكتاب ذكره بروكلمان فى تاريخ الادب العربى، (٣) ولم اره عند غيره ممن ترجم للاعلام او للمؤلفين .

الكتاب الخامس : التنبيه (٤) .

وهو مختصر فى الفقه الشافعى، قال حاجى خليفة : وهو احد

---

(١) انظر : الامام الشيرازى (ص ١٧٩) .

(٢) وهو من جنس قولنا فى نيل الاوطار للشوكانى مثلا : قال فى النيل، او قولنا فى فتح البارى، كذا فى الفتح . وهكذا .

(٣) انظره فى (١ : ٤٨٤ - ٤٨٦)، وانظر الملحق (١ : ٦٦٩ - ٦٧٠) المشار الى ذلك فى مقدمة الوصول (ص ٥١) .

(٤) ورد ذكره فى كل من : تبيين كذب المفترى (ص ٢٧٧)، وفيات الاعيان (١ : ٢٩)، البداية والنهاية (١٢ : ١٢٤)، طبقات ابن السبكى (٣ : ٨٨)، المنتظم (٩ : ٦)، مفتاح السعادة (٢ : ٣١٨)، كشف الظنون (١ : ٤٨٩)، هدية العارفين =

الكتب الخمس المشهورة المتداولة بين الشافعية، واكثرها تداولا كما صرح به النووي في تهذيبه، اخذه من تعليقة الشيخ ابى حامد المروزى، بدأ في تصنيفه في اوائل رمضان سنة اثنتين وخمسين واربعمائة [١] . ا . هـ

وهو على اختصاره، ذو اهمية كبيرة، ولذلك اعتنى به فقهاء المذهب فمنهم من شرحه، ومنهم من اختصره، ومنهم من علق عليه نكات، ومنهم من نظمه .

وقد سرد في كشف الظنون شروح التنبيه، فبلغت مايزيد على ثلاثة واربعين شرحا، وعشر مختصرات، وخمس نكات وست منظومات [٢] .

من اجل ذلك، فقد مدحه العديد من اهل العلم اعترافا بفضله، روى ابن السبكي بسنده عن الامام الحسن الطبرى قوله : سمعت صوتا من الكعبة او من جوف الكعبة : من اراد ان يتنبه في الدين فعليه بالتنبيه [٣] . ا . هـ

وانشد السمعاني وغيره للرئيس ابى الخطاب على بن عبد الرحمن بن هارون بن الجراح :

= (٥ : ٨) ، دائرة معارف القرن العشرين (٥ : ٤٢٢) ، دائرة المعارف الاسلامية (١٤ : ٢٣) ، الفتح المبين (١ : ٢٥٦) ، الاعلام (١ : ٥١) ، الامام الشيرازى (ص ١٦٨) .

(١) كشف الظنون (١ : ٤٨٩) .

(٢) انظر كشف الظنون (١ : ٤٨٩) ومايليها .

(٣) طبقات ابن السبكي (٣ : ٩٥) .

سقيا لمن صنف التنبيه مختصرا   الفاظه الغر واستقصى معانيه
ان الامام ابا اسحاق صنفه   لله والدين لا للكبر والتيه
رأى علوما عن الافهام شاردة   فحازها ابن على كلها فيه
بقيت للشرع ابراهيم منتصرا   تذود عنه اعاديه وتحميه (١)

ومدحه آخر بقوله :

ياكوكبا ملأ البصائر بنوره   من ذا رأى لك فى الانام شبيها
كانت خواطرنا نياما برهة   فرزقن من تنبيهه تنبيها (٢)

" ولكتاب التنبيه طبعة واحدة ، مع ترجمة لاتينية ، ومقدمة واخرى فرنسية مع تعاليق " (٣) .

كما انه طبع بمصر سنة سبعين وثلاثمائة والف للهجرة الموافق لسنة احدى وخمسين وتسعمائة والف للميلاد ، بمطبعة مصطفى البابى الحلبى .

الكتاب السادس : الحدود (٤) .

---

(١) تبيين كذب المفترى (ص٢٧٧) ، تهذيب النووى (١ : ١٧٤) ، المجموع (١ : ٣٤) .
(٢) كشف الظنون (١ : ٤٨٩) .
(٣) مقدمة كتاب الوصول (ص٤٧) .
(٤) لم اجد من نبه اليه ، الا الاستاذ محمد حسن هيتو فى ترجمته للامام الشيرازى (ص١٨٠) .

وهو كتاب فى التعريفات[١] ، كما يشير اليه عنوانه ، وكما يفهم ذلك من صنيع الزركشي ، اذ نقل عنه حد الفقيه ، فى كتابه البحر المحيط[٢] فقال : وقال الشيخ ابو اسحاق فى كتابه :"الحدود" : الفقيه من له الفقه ، فكل من له الفقه فقيه ، ومن لا فقه له فليس بفقيه ، حكاه عنه ابن الهمذانى فى طبقات الحنفية[٣] . ا.هـ

ونقل الزركشي عنه نقلا آخر ايضا ، عند الكلام على الدليل فقال : الدليل يطلق فى اللغة على امرين ، . . . . . والدال ناصب الدلالة ومخترعها وهو الله سبحانه وتعالى ، ومن عداه ذاكر الدلالة وعند الباقين : ذاكرالدلالة ، واستبعد ، اذ الحاكى والمدرس لا يسمى دالا ، وهو ذاكر الدلالة[٤] ، فالاولى ان يقال : الدال ذاكر الدلالة

---

(١) اى انه على غرار كتاب التعريفات للجرجانى ، وكشاف اصطلاحات الفنون للتهانوى .

(٢) مخطوط ، يوجد فى المكتبة الازهرية رقم (٢٠) ٢٢٢٧ / اصول فقه ومنه صورة فى مركز البحث بالجامعة .

(٣) البحر المحيط ، الجزء الاول ، الورقة الثامنة ، الصفحة اليسرى كما افاد ذلك الاستاذ هيتو فى ترجمة الامام الشيرازى (ص ١٨) وقد رجعت اليه فى مركز البحث العلمى بجامعة ام القرى فالفيته قد ذكره فى الجزء الاول فى الصفحة اليمنى من الورقة الثالثة .

(٤) لعل الاولى : للدلالة . باللام لا بأل التعريف .

على وجه التمسك بها ، و يسمى الله تعالى دليلا بالاضافة . وانكره الشيخ ابو اسحاق الشيرازى فى كتابه " الحدود" قال : ولا حجة فى قولهم لله تعالى : يادليل المتحيرين ، لان ذلك ليس من قول النبى صلى الله عليه وسلم ولا احد من اصحابه ، وانما هو من قول اصحاب العكاكيز[(١)] . ا . هـ

الى غير ذلك من النقول عن الشيخ ابى اسحاق ، فى غير ماموضع مما يفيد بان موضوع الكتاب: التعريفات والحدود .

الكتاب السابع : رؤوس المسائل[(٢)] .

قال الاستاذ هيتو : ذكره ابن الوردى ، فى تتمة المختصر[(٣)]، ولم يذكر فى اى فن هو[(٤)] . ا . هـ

قلت : هذا الكتاب معروف ، وهو فى فن الخلاف ، اختصر فيه الشيخ ابو اسحاق ، كتابه النكت فى المسائل المختلف فيها بين الشافعى وابى حنيفة ، الاتى ذكره فى محله ، وسماه : نكت المسائل

---

(١) البحر المحيط الجزء الاول ، الصفحة اليسرى من الورقة الحادية عشرة . كما افاد ذلك هيتو فى ترجمة الامام الشيرازى (ص ١٨١) الا اننى رأيت ذلك فى الصفحة اليمنى وليس اليسرى .

(٢) لم اجد من اشار الى هذا الكتاب بهذا العنوان غير الاستاذ هيتو فى ترجمته للامام الشيرازى (ص ١٨٠) .

(٣) انظر تتمة المختصر فى اخبار البشر (١ : ٥٧٣) .

(٤) الامام الشيرازى (ص ١٨٠) .

المحذوف منه عيون الدلائل ، وسيأتي وصف هذا الكتاب في محلـــه ان شاء الله تعالى .

والزركشي هنا ، ذكر عنوان هذا الكتاب على جهة الاختصار.

الكتاب الثامن : طبقات الفقهاء[1] .

وهو كتاب مختصر في تراجم فقهاء القرنين الاول والثانـــي والمذاهب الاربعة ، والظاهرية ، حتى ايام المؤلف[2] .

والكتاب وان كان مختصرا ، الا انه كان مادة لكثيرمن كتب فـــي تراجم الفقهاء من بعده ، كابن كثير والنووي وابن خلكان والسبكـــي وغيرهم .

قال فيه المراغي : انه يدل على رسوخ قدمه واحاطتـــه بالتاريخ[3] . ا . هـ

---

(١) ورد ذكره في كل من : البداية والنهاية (١٢ : ١٢٤) ، طبقات ابن السبكي (٣ : ٨٨) ، المنتظم (٩ : ٦) ، مفتاح السعادة (٢ : ٣١٨) ، كشف الظنون (٢ : ١١٠٥) ، دائرة المعارف الاسلامية (١٤ : ٢٣) ، معجم المؤلفين (١ : ٦٩) ، الاعلام (١ : ٥١) ، الفتح المبين (١ : ٢٥٦) ، الامام الشيرازي (ص ١٧٩) .

(٢) انظر كشف الظنون (٢ : ١١٠٥) .

(٣) الفتح المبين (١ : ٢٥٦) .

وماذكره ابن كثير من ان الكتاب في طبقات الشافعية، اما سبق قلم، واما خطأ من الناسخ .

وكذلك ، فان ماذكره الاستاذ هيتو من ان الكتاب عرض لترجمة فقهاء الشافعية و المالكية والظاهرية، فترجم للمشاهير من هذه المذاهب الثلاثة والشافعية، فيه اغفال لمذهب الحنابلة، فقد ترجم الشيخ ابو اسحاق لعدد من ائمة الحنابلة .

وقد قام الامام ابو عبد الله محمد بن عبد الملك بن ابراهيم الهمذاني بوضع ذيل لطبقات الشيرازي ، كما اشار الى ذلك ابن خلكان[(١)] .

وللكتاب طبعتان ، احداهما في بغداد سنة ست وخمسين وثلاثمائة والف للهجرة، الموافق لسنة سبع وثلاثين و تسعمائة والف للميلاد ، مضموما الى كتاب طبقات الشافعية لابن هداية الله الحسيني المتوفى سنة اربع عشرة والف من الهجرة .

وثانيتهما : مفصولا عنه ، وقد قام الاستاذ احسان عباس بتحقيقه ووضع ترجمة جيدة مختصرة للامام الشيرازي .

الكتاب التاسع : عقيدة السلف[(٢)] .

---

(١) وفيات الاعيان (٢ : ٣١٥) .

(٢) وقد ورد ذكره في كل من : اتحاف السادة المتقين (٢ : ٣) ، وفيات الاعيان (١ : ٢٩) ، هدية العارفين (٥ : ٨) ، وذكره في كشف الظنون (٢ : ١١٥٨) فقال : عقيدة الشيخ ابي اسحاق ابراهيم بن محمد الشيرازي . ا.هـ فلعله سهو منه ، فانه ابراهيم بن علي الشيرازي . ولا يقال : لعله عني به غير الشيخ =

ذكره الامام السيد محمد بن محمد الحسيني الزبيدي ، الشهير بمرتضى الحنفي المتوفى سنة خمس واربعين ومائة والف للهجرة في معرض الكلام على الكتب المؤلفة في العقيدة الاشعرية،[١] الا انه خلط معها ماهو خالف العقيدة الاشعرية ككتاب السنة للالكائي ، وغيره من كتب العقيدة السلفية ، فكأن ماذكره تحت ذلك العنوان ، اعني قوله: ذكر الكتب المصنفة في العقيدة الاشعرية ، اكبر من العنوان ، لكونه ذكر تحته ماهو ضد العقيدة الاشعرية ايضا . وكان الاولى به ان يقول : ذكر الكتب المصنفة في العقيدة ، مطلقا .

وذكره حاجي خليفة بعنوان : عقائد الفيروز ابادي ، في موضع[٢] بينما ذكره في موضع آخر بعنوان : عقيدة الشيخ ابي اسحاق ابراهيم ابن محمد الشيرازي[٣] .

وايضا فقد اشار اليه بروكلمان في كتابه : تاريخ الادب العربي[٤] .

ويوجد نسخة من هذا الكتاب في المكتبة الوطنية بباريس ، وهو المخطوط الثالث من مجموع رقم ١٣٩٦ ، ويقع في ثلاث وعشرين ورقة[٥]

= ابي اسحاق ، لانه لا يوجد شيرازي آخر بهذا الاسم . وذكره ايضا في مقدمة الوصول (ص. ٥) ، وفي فهرس المكتبة الوطنية بباريس الكتاب رقم (٣) من المجموع رقم (١٣٩٦) .

(١) انظر اتحاف السادة المتقين (٢ : ٣) .

(٢) انظر الكشف (٢ : ١١٤٥) .

(٣) انظر الكشف (٢ : ١١٥٨) .

(٤) انظر مقدمة كتاب الوصول (ص. ٥) .

(٥) انظر فهرس المكتبة الوطنية بباريس ، للبارون دي سلان ، تحت الرقم المذكور .

اوله : اعلم ان جميع المخلوقات والحوادث تنقسم ثلاثة اقسام ....

ويبدو ان الشيخ ابا اسحاق قد صنف هذا الكتاب بعد الفتنة التي نشبت بين الحنابلة والشافعية، بسبب الخلاف على المعتقد سنة تسع وستين واربعمائة، كما سبق ان ذكرنا ذلك، عند الكلام على عقيدة الشيخ ابي اسحاق، فان الشيخ حين قام الوزير ابن جهير بمصالحته مع الشريف ابي جعفر بن ابي موسى شيخ الحنابلة، احتج له ليقنعه بانه ليس اشعريا بما كتبه في الاصول من الرد على الاشاعرة ومخالفته اياهم .

فلو كان قد الف هذا الكتاب قبل ذلك لارشده اليه، ليكون ادخل في اقامة الحجة، وتبرئة ساحته من العقيدة الاشعرية .

الكتاب العاشر : الفتاوى[1] .

لقد بحثت وتتبعت ما امكنني بذله في ذلك لمعرفة شيء عن هذا الكتاب، فلم اعثر له على اثر، والاستاذ هيتو اشار الى هذا الكتاب من غير بيان المصدر الذي وقف عليه فيه .

صحيح ان الشيخ ابا اسحاق، كان مرجعا في الفتاوى يقصده المستفتون من كل مكان، كما قال ابن السبكي : وكانت الفتاوى من البر والبحر تحمل الى بين يديه[2] . ا.هـ الا ان ذلك لايكفي في

---

(١) لم اجد من اشار الى هذا الكتاب سوى الاستاذ هيتو في ترجمته للامام الشيرازي (ص. ١٨٠)، الا انه لم يذكر اين وقف على هذا الكتاب .

(٢) طبقات ابن السبكي (٣ : ٨٩) .

الدلالة على ان للشيخ كتابا اسمه الفتاوى ، فكم من امام فى الفقه لانجد له شيئا من الفتاوى مجموعة فى كتاب .

الكتاب الحادى عشر : اللمع[1] .

وهو كتاب مختصر فى اصول الفقه ، الفه الشيخ بعد التبصرة فقد قال في مقدمته : سألني بعض اخوانى ان اصنف له مختصرا فى المذهب في اصول الفقه ، ليكون ذلك مضافا الى ماعملت من التبصرة من الخلاف ، فاجبته الى ذلك ، ايجابا لمسألته ، وقضاء لحقه ، واشرت فيه الى ذكر الخلاف ومالابد منه ، من الدليل ، فربما وقع ذلك ، الى من ليس عنده ماعملت من التبصرة في الخلاف[2] . ا.هـ

ولابى الخطاب في مدح اللمع ، لما حوى من دقائق المسائل في الاصول على صغره ، ولما هو عليه من سهولة العبارة ووضوحها ، قوله :

---

(١) ورد ذكره فى كل من : تبيين كذب المفترى (ص٢٧٧) ، وفيات الاعيان (١ : ٢٩) ، البداية والنهاية (١٢ : ١٢٤) ، طبقات ابن السبكى (٣ : ٨٨) ، المنتظم (٩ : ٦) ، مفتاح السعادة (٢ : ٣١٨) ، كشف الظنون (٢ : ١٥٦٢) ، ايضاح المكنون (٤ : ٤١٠) ، هدية العارفين (٥ : ٨) ، دائرة معارف القرن العشرين (٥ : ٤٢٢) ، الفتح المبين (١ : ٢٥٦) ، معجم المؤلفين (١ : ٦٩) ، الاعلام (١ : ٥١) ، الامام الشيرازى (ص ١٧٨) وغيرهم .

(٢) نزهة المشتاق (ص٧) والتى تليها .

اضحت بفضل ابى اسحاق ناطقة — صحائف شهدت بالعلم والورع

بها المعانى كسلك العقد كامنة — واللفظ كالدر سهل جد ممتنع

رأى العلوم وكانت قبل شاردة — فحازها الالمعى الندب[1] فى اللمع

لا زال علمك ممدا دا سرادقه — على الشريعة منصورا على البدع[2]

وقال ابو الحسن القيروانى :

ان شئت شرع رسول الله مجتهدا — تفتى وتعلم حقا كل ماشرعا

فاقصد هديت ابا اسحاق مغتنما — وادرس تصانيفه ثم احفظ اللمعا[3]

وقد جرى طبع اللمع لاول مرة فى القاهرة سنة سبع واربعين وثلاثمائة والف للهجرة ، اى مايوافق سنة تسع وعشرين وتسعمائة والف للميلاد .

وللشيخ ابى اسحاق مسائل عديدة خالف فيها جمهور الاصوليين ذكرها فى التبصرة[4] ، ثم رجع عن بعضها فى اللمع[5] اما لوقوفه

---

(١) على وزن: الضرب (مصدر) وهو الخفيف فى الحاجة . انظر المختار (ص ٦٥١) .

(٢) تهذيب النووى (٢ : ١٧٤) ، المجموع (١ : ٣٤) .

(٣) نفس المصدرين السابقين .

(٤) وهى نحو عشرة مسائل ذكرها وناقشها الاستاذ هيتو فى الامام الشيرازى (ص ٢٢٠) ومابعدها .

(٥) ذكر منها الاستاذ هيتو ستة مسائل فى كتابه : الامام الشيرازى (ص ٢٧٠) ومابعدها ، وقد ناقشها ايضا مسألة مسألة .

على ضعف حجته فيما خالفهم فيه ، او لوقوفه على ادلة اخرى جديدة للخصم ، لم يتمكن من الانفصال عنها فنزع عن قوله المخالف لها لان هدفه العام فى حياته العلمية ، نصرة الحق والتزامه شأنه فى ذلك ، شأن الكثير من الائمة ، الذين لم يذهب بهم التعصب للاراء الشخصية ، الى رد ماعليه الغير وان كان حقا .

هذا ماكان منه في الاصول واما فى الفقه ، فالتزم فيه المذهب الشافعى ، ودافع عنه ونصره ، وان كان له فيه اختيارات يخالف فيها المعتمد والمعمول به عند الشافعية .

ولكتاب اللمع شروح عديدة ، منها شرح للشيخ ابى اسحاق نفسه ، واليك ذكرها جميعا عند الكلام على الكتاب الاتى :

الكتاب الثاني عشر : شرح اللمع (١) .

قام فيه الشيخ ابو اسحاق بشرح كتابه اللمع ، وهو الادرى والاعلم بمراده فيما كتبه فيها من غيره . الا ان شرحه لم يصل الينا بعد كاملا (٢) .

---

(١) ورد ذكره فى كل من : وفيات الاعيان (١ : ٢٩) ، طبقات ابن السبكى (٣ : ٨٨) ، مفتاح السعادة (٢ : ٣١٨) ، كشف الظنون (٢ : ١٥٦٢) ، هدية العارفين (٥ : ٨) ، دائرة القرن العشرين (٥ : ٤٢٢) ، معجم المؤلفين (١ : ٦٩) ، الاعلام (١ : ٥١) ، الامام الشيرازى (ص ١٧٨) .

(٢) ثم تبين لى اخيرا ان الكتاب موجود فى باريس فى المكتبة الوطنية وسيأتى بيان ذلك عند الكلام على كتاب : الوصول الى مسائل الاصول رقم (٢٢) .

وللمع ايضا شروح عديدة ، لعدد من الائمة والمشايخ منهم :

(١) الامام ابو محمد عبدالله بن احمد البغدادي ، المتوفى سنة ثلاث وثلاثين وخمسمائة . الا انه لم يكمله[١] .

(٢) الامام كمال الدين مسعود بن علي العزي العنسي اليمني الشافعي ، المتوفى سنة اربع وستمائة[٢] .

(٣) الامام موسى بن احمد بن يوسف اليمني الشافعي ، المتوفى سنة عشرين وستمائة[٣] . المعروف بالوصابي ، ابو عمران . قال الجندي : اجمع الفقهاء انه لم يكن لاهل اليمن من الشروح ماهو اكثر بركة منه واظهر نفعا[٤] . ا . هـ

(٤) الامام ضياء الدين ابو عمرو عثمان بن عيسى الهذباني الكردي المتوفى سنة اثنتين وعشرين وستمائة ، في مجلدين[٥] .

(٥) القاضي احمد بن مقبل بن عثمان العلهي العدني ، المتوفى سنة ثلاثين وستمائة ، شرح فيه مشكل اللمع[٦] .

---

(١) كشف الظنون (٢ : ١٥٦٢) .

(٢) نفس المصدر .

(٣) نفس المصدر .

(٤) الاعلام (٧ : ٣١٩) .

(٥) انظر كشف الظنون (٢ : ١٥٦٢) .

(٦) انظر ايضاح المكنون (٤ : ٤١٠) .

(٦) ومن شرحه من المعاصرين شرحا سهل العبارة، واضح المعاني مستوعب المباحث، الشيخ محمد يحيي بن الشيخ امان وسماه : نزهة المشتاق، شرح اللمع لابي اسحاق، في مجلد ضخم، طبع بمطبعة حجازي بالقاهرة سنة سبعين وثلاثمائة والف للهجرة، اى مايوافق سنة احدى وسبعين وتسعمائة و الف للميلاد .

الكتاب الثالث عشر : المعونة[1] .

وهو كتاب في الجدل ، يوجد منه نسخة مخطوطة في مكتبة غوتة بالمانيا ، تحت رقم (١١٨٣) . و يقع في اربع وخمسين و رقة.

وقد الفه الشيخ ابو اسحاق بعد كتابه : الملخص، الا ان مراعاة الترتيب الهجائي حملنا على تقديمه عليه ، وهو يقصد من كتابته ان يكون اختصارا لكتابه الملخص، كما اشار الى ذلك في مقدمته فقال : لما رأيت حاجة من يتفقه ماسة الى معرفة مايعترض به من الادلة

---

(١) ورد ذكره في كل من : وفيات الاعيان (١ : ٢٩) ، طبقات ابن السبكي (٣ : ٨٨) ، المنتظم (٩ : ٦) ، مفتاح السعادة (٢ : ٣١٨) ، كشف الظنون (٢ : ١٧٤٣) ، هدية العارفين (٥ : ٨) ، دائرة القرن العشرين (٥ : ٤٢٢) ، معجم المؤلفين (١ : ٦٩) ، الاعلام (١ : ٥١) ، الامام الشيرازي (ص ١٦٣) .

ومايجاب به من الاعتراضات، ووجدت ماعملت من الملخص فى الجدل مبسوطا، صنفت هذه المقدمة، لتكون معونة للمبتدئين، وتذكرة للمنتهين، مجزية فى الجدل، كافية لاهل النظر، وقدمت على ذلك بابا فى بيان الادلة، ليكون مابعده من الاعتراضات و الاجوبة على ترتيبه[1] . ا.هـ والكتاب ينقسم الى ستة ابواب، وهى على النحو التالى :

الباب الاول : فى وجوه ادلة الشرع، الباب الثانى : فى الكلام على الاستدلال بالسنة، الباب الثالث : فى الكلام على دليل الخطاب، الباب الرابع : فى الكلام على استصحاب الحال، الباب الخامس : فى ترجيح الظواهر، الباب السادس : فى ترجيح المعانى .

ويرجع تاريخ المخطوط الى سنة اثنتين واربعين وسبعمائة للهجرة[2] .

الكتاب الرابع عشر : الملخص فى الجدل[3] .

---

(١) المعونة الصفحة الخامسة و السادسة .

(٢) انظر مقدمة كتاب الوصول (ص٩٤) .

(٣) ورد ذكره فى كل من : وفيات الاعيان (١ : ٢٩) وسماه : التلخيص فى الجدل ، طبقات ابن السبكى (٣ : ٨٨) ، مفتاح السعادة (٢ : ٣١٨) ، كشف الظنون (٢ : ١٨١٨) ، دائرة القرن العشرين (٥ : ٤٢٢) ، الاعلام (١ : ٥١) ، الامام الشيرازى (ص١٦٣) .

والكتاب لازال مخطوطا ، فيما اعلم ، يوجد منه نسخة فى مكتبة الجامع الكبير بصنعاء اليمن ، تحت رقم (٦٤) .

اوله بعد البسملة والصلاة : لما رأيت النظر اقوى طريق يدرك به العلم ، ويعرف به الحق ، دعتني نفسي الى تصنيف كتاب ملخص فى الجدل ، ابين فيه رسومه ، واحكامه ، والذى ابدأ به ، بيان حدود الالفاظ . . . الخ .

وآخره : او يغضب فى غير موضع الغضب ، او يقوم فى غير موضع القيام ، او يتسفه على خصمه ، او ينكر مايقطع على بطلانه ، او يجحدها - كذا - من موضعه مايعرف خلافه ، فهذا كله يعرف به عجزه و انقطاعه عما لزمته نصرته مما قدمناه . ا . هـ والنسخة مكتوبة بخط معتاد قديم جدا ، ومهمل النقط ، فى شهر شوال سنة ثمان وثمانين وستمائة للهجرة ، وتقع فى ست و سبعين و رقة ، قياس : ٢٥ × ١٦ سم . وقد كتبت عناوين الابواب ، وكلمة : فصل ، بالمداد الاحمر . الا ان خط الورقة الاخيرة متباعد الكلمات ، وخال من النقط ، لكن الورق واحد والقدم واحد ، مما يدل على ان الناسخ واحد ، وليست مضافة بعد وفى الورقة الاخيرة اسم الناسخ ، وهو نفس المالك (٢) .

---

(١) المجموع (١ : ٣٣) .

(٢) انظر هذه التفاصيل فى كتاب : فهرس مخطوطات المكتبة الغربية بالجامع الكبير بصنعاء (ص ٣٤٥) والتي تليها .

وقد وصف النووى طرفا من هذا الكتاب، فقال : وقد ذكر الشيخ ابو اسحاق فى اول كتابه : الملخص فى الجدل ، جملا من الاداب للمناظرة و اخلاص النية ، وتقديم ذلك بين يدى شروعه فيها[١] . ا. هـ

وليس لهذا الكتاب شرح و لا اختصار الا كتاب المعونة فى الجدل للشيخ ابى اسحاق ، كما ذكرنا ذلك فى الكتاب الثالث عشر.

وحاجى خليفة حين ذكر الملخص فى الجدل ونسبه للشيخ ابى اسحاق اخطأ فى ذكر سنة وفاته اذ قال : المتوفى سنة سبعين واربعمائة[٢] . ا. هـ وصوابه كما ستعرف عند الكلام على وفاته انه توفى سنة ست و سبعين و اربعمائة للهجرة، ولعلها سبق قلم منه فقد ذكر فى غير ما موضع من كتابه انه توفى سنة ست و سبعين . ولكن النقص مستول على البشر .

الكتاب الخامس عشر : ملخص فى الحديث[٣] .

يوجد منه نسخة فى المكتبة الوطنية ب باريس، وهو الكتاب الرابع فى المجموع رقم(١٣٩٥) ويقع فى الورقة رقم سبعة عشر، الى الورقة رقم عشرون[٤] .

---

(١) المجموع(١ : ٣٣) .

(٢) كشف الظنون (٢ : ١٨١٨) .

(٣) لم اجد من نبه الى ذلك، الا لاستاذ عبد المجيد تركى فى مقدمته لكتاب الوصول (ص ٥١) .

(٤) انظر البارون دىسلان فى فهرس مخطوطات المكتبة الوطنية بباريس (ص ٢٦٥) .

الكتاب السادس عشر : المناظرات[١] .

وهو عبارة عن مجموع مناظرات ، كانت تنشب بين الشيخ ابي اسحاق وائمة عصره ، وقد علمت ماكان عليه الشيخ من اتقان هذا الفن وتفوقه فيه على غيره ، حتى كان يضرب به المثل في قطع الخصوم والتفوق عليهم فيه ، فما كان يدانيه منهم فيه احد .

وقد وصف ابن السبكي احاطته بالمسائل في المناظرة وادلتها فقال : لو اراد فاضل في عصرنا ان يفردها بالتصنيف وكشف اشد الكشف لما قدر ان يصنف فيها اكثر مما اورده الشيخ على البديهة[٢] . ا . هـ

وقد سبق ان ذكرنا ان الشيخ ابا عمرو بن الصلاح قد نقل المناظرة التي دارت بين الشيخ ابي اسحاق و ابي عبد الله الدامغاني بخطه ، وقال : نقلتها من خط الشيخ ابي على بن عمارة ، وقال - ابوعلي - نقلتها من خط رجل من اصحاب الشيخ ابي اسحاق ، وذكر - هذا الرجل - في آخر الخط ، انه كتبها من خط الشيخ الامام ابي اسحاق . ا . هـ فكأنها بمثابة مذكرات خاصة كان يكتبها لنفسه . ومثل ذلك فعل ابن حزم الا انه بثها في كتبه وخاصة الفصل في الملل والاهواء والنحل .

---

(١) لم يذكره باسم كتاب هكذا الا الاستاذ هيتو في كتابه : الامام الشيرازي (ص ١٧٩) لكن حاجي خليفة اورده تحت عنوان : بحث امام الحرمين وابي اسحاق الشيرازي في مسائل . انظر الكشف (١ : ٢٢١) .

(٢) الكشف (١ : ٢٢١) .

ولاغرو في ذلك ، فان كثيرا من العظماء ، الذين تقلدوا ادوارا ذات شأن في اممهم ، يقومون اثناء حياتهم بتدوين ملاحظاتهم وماقاموا به من ادوار ذات شأن ، في التعامل مع الاخرين ، مما يكون فيه عظة وعبرة يحسن ان يطلع عليها الاجيال من بعدهم ، كثروة من الخبرة والتجارب العملية في شتى المجالات وخاصة العسكرى منها والسياسى ، ويطلقون عليه اسم : المذكرات .

منها على سبيل المثال في المجال السياسى : مذكرات السلطان عبد الحميد .

وفي المجال العسكرى : مذكرات الزعيم النازى اودلف هتلر ومذكرات تشرشل ، ومونتغمرى وغيرهم .

الكتاب السابع عشر : المذهب في المذهب .(١)

هكذا ورد اسمه في المرجعين المذكورين بالهامش ، ولم اجد فيمن ترجم للشيخ ابى اسحاق مما اطلعت عليه ، من ذكر هذا الكتاب غيرهما .

وكلاهما واهم فيما ذكره ، اما صاحب هدية العارفين ، فقد اشار في نهاية الترجمة الى انه استقى هذه المعلومات عن الامام الشيرازى من كتاب وفيات الاعيان ، ولدى عودتنا اليه ، وجدناه ينص على اسم

---

(١) ورد ذكره في كل من : هدية العارفين (٥ : ٨) ، دائرة المعارف الاسلامية (١٤ : ٢٣) .

الكتاب كالاتي : المهذب في المذهب[1] . ا.هـ

واما دائرة المعارف الاسلامية، فقد وهم صاحب المقال عن الشيرازي فيها ايضا ، وانما يعني به كتاب المهذب الاتي ذكره بدليل انه قال في التعريف به : وهوكتاب شامل وضع في السنوات ٤٥٥ — ٤٦٩ هـ لكنه لم يطبع بعد[2] . ا.هـ ثم يحيل الى كتاب: معجم البلدان لياقوت الحموى[3] .

وهذا الوصف المذكور ينطبق على كتاب المهذب الاتي ذكره فان الشيرازي نص على انه بدأ بتأليفه وانتهى منه في السنوات المذكورة، كما سيأتي بيانه في محله .

واما انه لم يطبع، فوهم منه ، فان الكتاب مطبوع متداول كما سيأتي بيانه في محله ايضا ، وبالله التوفيق .

واما العنوان المذكور : المذهب في المذهب، فهو اسم كتاب للامام ابي الفرج عبدالرحمن بن علي الحنبلي ، المعروف بابن الجوزي البغدادي ، المتوفى سنة سبع وتسعين و خمسمائة ، كما ذكر ذلك في كشف الظنون و اشار الى انه كتاب في الفروع[4] . اي في الفقه .

وصاحب الكشف قد اختصر عنوان الكتاب وتمامه : المذهب في

---

(١) وفيات الاعيان (١ : ٢٩) .

(٢) انظره في (١٤ : ٢٣) .

(٣) في الجزء الثالث (ص٣١٤) .

(٤) انظر كشف الظنون (٢ : ١٦٤٦) .

تصحيح المذهب، وقد ذكره في مقدمة كتاب : الانصاف فى معرفة الراجح من الخلاف، على مذهب الامام احمد بن حنبل [(١)] . كما ذكر ايضا ان لولد ابى الفرج عبد الرحمن بن على ، واسمه يوسف بن عبد الرحمن بن على المعروف بابن الجوزى كتابا سماه : المذهب الاحمد في مذهب الامام احمد [(٢)] . توفى يوسف سنة ست وخمسين وستمائة على يد التتار . وهذا غير الاول ، وقد نبهت الى ذلك ، كي لا يظن انهما كتاب واحد .

الكتاب الثامن عشر : المهذب [(٣)] .

وهو من اشهر كتب الشافعية واشملها ، لا يضاهيه فيها الا كتاب الوسيط للغزالي ابى حامد ، قال النووى : واشتهر منها

---

(١) انظر (١ : ١٤) .

(٢) وهو مطبوع متداول ، فقد طبع فى الهند فى مطبعة "ق" بومباى سنة ١٣٧٨هـ/١٩٥٩م . قدم له مقدمة موجزة الشيخ محمد بن عبد العزيز المانع . وهو الذى اشار الى انهما كتابين . وان صاحب الانصاف قد اعتمد عليهما فى جملة مراجع كتابه .

(٣) ورد ذكره في كل من : تبيين كذب المفترى (ص٢٧٧) ، وفيات الاعيان (١ : ٢٩) ، المنتظم (٩ : ٦) ، البداية والنهاية (١٢ : ١٢٤) ، طبقات ابن السبكى (٣ : ٨٨) ، تهذيب النووى (٢ : ١٧٤) ، المجموع (١ : ٣٤) ، مفتاح السعادة (٢ : ٣١٨) وسماه التهذيب فى الفقه . كشف الظنون (٢ : ١٩١٢) ، هدية العارفين (٥ : ٨) وسماه : المذهب فى المذهب . وقد وهم فى ذلك . دائرة المعارف الاسلامية (١٤ : ٢٣) وسماه =

- اى الكتب المصنفة في الفقه الشافعي - لتدريس المدرسين ، وبحث المشتغلين : المهذب والوسيط، وهما كتابان عظيمان ، صنفهما امامان جليلان[١] . ا.هـ

وكان سبب تأليفه ، انه لما اشتهر الشيخ ابو اسحاق بالتفوق في الجدل والمناظرة على غيره من معاصريه ، وكان اشدهم منافسة له واشبههم به في العلم و التأليف وكثرة الطلاب، الامام ابو نصر ابن الصباغ الشافعي صاحب كتاب الشامل في فروع الشافعية ، فقد قيل: انه يوازى الشيخ ابا اسحاق في المتفق و المختلف[٢]، اى في فقه المذهب الشافعي والاحاطة به ، وفي علم الخلاف، اى بين المذهب الشافعي و المذهب الحنفي .

الا ان ابن السبكي وافق على مساواته له في المتفق ، واما المختلف فقال فيه عنه : فما كان احد يضاهي ابا اسحاق في عصره[٣] . ا.هـ

الّف كل منهما - ابن الصباغ والشيخ ابو اسحاق - كتابا في الخلاف بين ابى حنيفة والشافعي ، اما الشيخ ابو اسحاق فسماه

= المذهب في المذهب، وهو وهم ايضا ، دائرة القرن العشرين (٥ : ٤٢٢) ، الفتح المبين (١ : ٢٥٦) ، معجم المؤلفين (١ : ٦٩) ، الاعلام (١ : ٥١) ، الامام الشيرازى (ص١٦٣) .

(١) المجموع (١ : ١٥) .

(٢) المتفق: هى مسائل المذهب، والمختلف: مسائل الخلاف بين الشافعية و الحنفية .

(٣) طبقات ابن السبكي (٣ : ٢٣١) .

النكت[1] . واما ابن الصباغ فسماه الكامل فى الخلاف[2] .

ويبدو ان الشيخ ابا اسحاق قد بز صاحبه ابن الصباغ فى علم الخلاف، فراح بحكم مابينهما من تنافس الاقران ، يبحث عن سبب يبرر فيه عدم لحاقه بالشيخ ابى اسحاق فى علم الخلاف، فقال : اذا اصطلح الشافعى وابو حنيفة ، ذهب علم ابى اسحاق الشيرازى[3] . يعنى ان علمه هو مسائل الخلاف بينهما ، فاذا اتفقا ارتفع علمه وزال ، اى واما انا فعلمي غير محصور فى الخلاف بينهما ، بل ان لى مشاركة فى بقية العلوم و الفنون ، فنتج عن ذلك ان توزع همى بين تلك الفنون وهذا هو سبب تفوق الشيخ ابى اسحاق على فى الخلاف .

فما ان سمع الشيخ ابو اسحاق مقالته تلك ، حتى انكب سنة خمس و خمسين و اربعمائة على تأليف كتابه المهذب . وقد صنفه مرارا ، ولكنه لما كان فى كل مرة لا يوافق مقصوده ، اى فى ان يكون الكتاب على مستوى تحدى ابن الصباغ من الاجادة القصوى فى بيان مسائل المذهب الشافعى وتحريرها " كان يلقى به فى دجلة ، حتى

---

(١) والف كل منهما كتابا فى المتفق ايضا ، اما ابن الصباغ فسماه: الشامل فى الفروع، واما الشيخ ابو اسحاق فسماه : المهذب. وهو الذى نحن بصدده .

(٢) سيأتى الكلام عنه فى محله عند الكلام على مؤلفات الخلاف فى الباب الثانى ان شاء الله تعالى .

(٣) ذكره فى كشف الظنون (٢ : ١٣٨١) وطبقات ابن السبكى (٣ : ٢٣٠) فى ترجمته .اعنى ابن الصباغ .. وانظر ايضا طبقات ابن السبكى (٣ : ٩٢) .

اجمع رأيه على هذا النسخة التى بايدينا" [١] . وارتضاها دليلا له على اتقانه مسائل الوفاق ، كاتقانه مسائل الخلاف ، وكان الفراغ منه سنة تسع وستين واربعمائة ، كما اخبر هو عن ذلك بنفسه ، فيما حكاه عنه النووى [٢] .

وهو اذ يؤلف هذا الكتاب ، لم ينس معه اللجوء الى الله طلبا للتوفيق الى نصرة الحق ، وبيان الشرع ، فكان يصلى عقب كل فصل يكتبه فيه ركعتين [٣] ، شأنه فى ذلك شأن غيره من الائمة الاعلام ، فقد كان البخارى كلما اراد اثبات حديث فى صحيحه اغتسل وصلى ركعتين كما حكاه عنه الفربرى [٤] .

ولما انتهى من كتابة المهذب ، واطمأن الى انه لم يكتب فيه الا مايعتقده حقا وصوابا ، قال قولته المشهورة ، فيما حكاه ابو بكر محمد بن احمد بن الحاضنة : لو عرض هذا الكتاب الذى صنفته وهو المهذب ، على رسول الله صلى الله عليه وسلم ، لقال : هذا

---

(١) انظر طبقات ابن السبكى (٣ : ٩٢) .

(٢) قال النووى : ونقل عنه رحمه الله انه قال : بدأت فى تصنيف المهذب سنة خمس و خمسين واربعمائة ، وفرغت يوم الاحد آخر رجب سنة تسع وستين واربعمائة . ا.هـ المجموع (١ : ٣٤) ، تهذيب النووى (٢ : ١٧٤) ، وانظر كشف الظنون (٢ : ١٩١٢) .

(٣) طبقات ابن السبكى (٣ : ٨٩) ، مفتاح السعادة (٢ : ٣١٩) .

(٤) وهو احد اصحابه ، وممن رووا عنه الصحيح . انظر طبقات ابن السبكى (٢ : ٧) .

شريعتي التي امرت بها امتي [(١)] . ا.هـ

ولقد تلقت الامة كتابه المهذب بالقبول ، ومن اكبر الادلة على ذلك تعاور الشراح عليه ، حتى زادت شروحه على خمسة وعشرين شرحا [(٢)] ، بعضها في بيان احكامه الفقهية ، وبعضها في تخريج [(٣)] احاديثه ومنها في بيان مشكلاته ، او في شرح غريب الفاظه ، ومنها في اختصاره وهكذا كان المهذب محلا لدرس الدارسين واشتغال العلماء والمتبحرين .

---

(١) طبقات ابن السبكي (٣ : ٩٥) .

(٢) سرد اكثرها صاحب كشف الظنون (٢ : ١٩١٢) وذكر الباقي هيتو في ترجمة الامام الشيرازي (ص١٦٤) ومابعدها .

(٣) ذكر في مقدمة كتاب الوصول (ص٤٨) ان هناك كتابا واحدا فقط في تخريج احاديثه ، وهو خطأ ، بل هي اربعة كتب : اولها: لابي بكر محمد بن موسى الحازمي المتوفى سنة ثلاث وثمانين وخمسمائة . ثانيها : لسراج الدين عمر بن على المعروف بابن الملقن المتوفى سنة اربع وثمانمائة . ثالثها : لمحمد بن عبد المنعم ، المعروف بابن المعين المنفلوطي الشافعي المتوفى سنة احدى واربعين وسبعمائة .
ذكرها جميعا صاحب الكشف (٢ : ١٩١٢) . ورابعها : لمحمد بن موسى بن عثمان الهمذاني ، المتوفى سنة اربع وثمانين وخمسمائة ، ولكنه لم يتمه . ذكره في طبقات الشافعية (٧ : ١٣) .

واذا كان امر المهذب، ماقد ذكرنا ، فلاعجب ان تنظم فيه الابيات مدحا واطراء ، والتي منها قول بعضهم فيه ، قيل هو الشيخ ابو اسحاق نفسه :

رفعت عماد الدين بعد انخفاضه … واحييت شرعا للورى بالمهذب
يرى الحق فيه واضحا وكأنما … هو الدر الا انه لم يثقب
يرون اقتباس المجد وهو مشيد … لديك وقد اظهرت كل مغيب
فعال بنى الدنيا تؤول الى الفنا … وفعلك باق مثل لألاء كوكب
فعش مابدا ضوء النهار وماغدا … يتوب الى رب الورى كل تائب (١)

وقد طبع المهذب، وبهامشه النظم المستعذب فى شرح غريب المهذب، للعلامة محمد بن احمد بن بطال الركبى اليمنى المتوفى سنة ثلاث وثلاثين وستمائة .(٢)

---

(١) ذكرت هذه الابيات فى صفحة عنوان المهذب، فى طبعة البابى الحلبى ، على نفقة الشيخ سالم بن سعد بن نبهان واخيه احمد ، اصحاب المكتبة النبهانية بسورابايا ، ربيع الثانى ١٣٤٣ هـ . وقد كتب فيها الاتى : وجد بخط الشيخ ابى اسحاق رحمه الله هذه الابيات على ظهر مهذبه . ثم ذكر الابيات . ولكن الظاهر ان غير ابى اسحاق قالها ، اذ لو قالها هو لذكرها من ترجم له ، فلعلها من نظم بعض من ملك النسخة المذكورة ، اذ لو كانت لبعض كبار العلماء لاشتهرت عنه ولذكرت فى التراجم . والله اعلم .

(٢) انظر الهامش السابق . وانظر ايضا هدية العارفين (٦ : ١١٣) .

الكتاب التاسع عشر : نزهة الافكار الى معرفة السادة الاخيــار ، من السادة الصحابة والتابعين والاولياء الابرار.[1]

ورد ذكر هذا الكتاب في فهرس المخطوطات المصورة ، وهـــو صغير الحجم ، يقع في ثمانية واربعين ورقة ، من القطع المتوسط. ورقمه (٥٣٠٢) .

والوصف المذكور في العنوان ، يفيد انه عين كتابه : طبقـــات الفقهاء ، فقد ذكر فيه تراجم لعدد من فقهاء الصحابة والتابعين ومن بعدهم ، ثم ذكر فقهاء المذاهب الاربعة والظاهرية ، ولعلهم هــم المقصودون بقوله : والاولياء الابرار .

وقد سبق ان ذكرناه مع وصفه ، في محله .

الكتاب العشرون : نصح اهل العلم .[2]

يبدو من عنوان الكتاب ، انه وضع لتنبيه اهل العلم طلابـــا ومدرسين ، الى مايجب ان يتحلوا به من الاخلاق الفاضلة ، ومايجب ان يجتنبوه من الاخلاق الرذيلة ، ليكون لعلمهم ثمرته في الدنيـــا وينالوا الثواب عليه في الاخرة ، فهو كتاب في علم الاخلاق .

---

(١) لم اجد من ذكره بهذا العنوان الا صاحب مقدمة الوصـــول (ص٤٨) ، ممن ترجموا للشيخ ابى اسحاق .

(٢) ورد ذكره في كل من : طبقات ابن السبكى (٣ : ٨٨) ، مفتـــاح السعادة (٢ : ٣١٨) ، الوصول (ص٥٧) ، الامام الشـيرازى (ص١٨٠) الا انه لم يذكر مصدره في ذلك .

وقد ذكره في معجم المطبوعات العربية والمعربة[1] ، تحت عنوان: رسالة الشيرازى فى علم الاخلاق .

وذكره فى موضع آخر تحت عنوان : الطب الروحانى ،ثم نبه الى انه فى المواعظ والاخلاق الحميدة وضدها ، ومايتفرع عنها .

واشار الى ان الاستاذ عبدالعليم صالح المحامى بمصر قد قام بنشره . وقد قامت مطبعة الموسوعات بطبعه سنة تسع عشرة وثلاثمائة والف ، وان الكتاب وقع فى ثمانين صفحة ، تحت عنوان : رسالة الشيرازى فى علم الاخلاق .

واما عنوانه الاخر : الطب الروحانى ، فقد اشار الى انه طبع بمطبعة جريدة المفيد سنة تسع وتسعين ومائتين والف للهجرة بمصر .

وبما اننا لم نطلع لاعلى المخطوط ولاعلى المطبوع، فلانستطيع الحكم بان احدهما هو عين الاخر .

الكتاب الحادى والعشرون : النكت فى المسائل المختلف فيها بين الشافعى وابى حنيفة[2] .

وهو فى الخلاف فى الفروع الفقهية بين الشافعى وابى حنيفة ولكننى سارجىء الكلام عليه الى الباب الثالث فى دراسة الكتاب، لانه

---

(١) انظر (ص١١٧١) والتى تليها فى المعجم المذكور .

(٢) سيأتى ذكر مصادره فى محله ان شاء الله تعالى عند نهاية الكلام على مصنفاته .

هو بيت القصيد ، ولنا معه وقفات نستجلي فيهاكل مايتعلق به ان شاء الله تعالى .

الكتاب الثاني والعشرون : نكت المسائل ، المحذوف منها عيون الدلائل[1]

هذا الكتاب مختصر من كتاب النكت السابق الذكر، جرد فيه الشيخ ابو اسحاق ماكتبه في النكت من الادلة للمذهبين ،واقتصر فيه على ذكر رؤوس المسائل فقط، فمثلا قال في المسألة الاولى منه لايجوز ازالة النجاسة بمائع غير الماء ، وقال ابو حنيفة : يجوز ازالتها بكل مائع طاهر مزيل للعين . ا.هـ ثم ذكر المسألة الثانية كذلك ، وهكذا حتى نهاية الكتاب . فاتى فيه على جميع ابواب الفقه مسألة مسألة ، مما جرى الاختلاف فيه بين الامامين الجليلين .

يوجد نسخة من هذا الكتاب في مركز البحث العلمي واحياء التراث الاسلامي بجامعة ام القرى بمكة المكرمة .

وكان نسخه على يد مالكه اويس بن عمرو بن علي الموشلاني المراغي ، بمدينة السلام -بغداد - في المدرسة النظامية . وقد فرغ من نسخه في رمضان لخمسة ايام مضين منه ، سنة ست وستين واربعمائة . وناسخه هو نفس ناسخ كتاب النكت كما سيأتي بيانه ،وفي نفس السنة والمكان .

---

(١) لم اجد من نص على هذا الكتاب من الاقدمين ، الا ان الاستاذ هيتو من المعاصرين قد نص عليه ، كما قلنا عند الكلام على الكتاب السادس، في كتابه : الامام الشيرازي (ص ١٨٠) .

الا ان خطه في النكت اجود منه في مختصره ، وكلاهما مقـــروء واضح وقد انتهى الناسخ من نسخه بعد شهر واحد من نسخـــه لكتاب النكد ، فقد انتهى من نكت المسائل لخمس مضين من رمضـــان ومن النكد لخمس مضين من شعبان ، من سنة ست وستين واربعمائة .

وتوجد منه صورة لنسخة اخرى في مكتبة الحرم المكي الشريف في المجموعة رقم سبعة عشر ، رقم الفيلم تسع واربعون ومائة والف .

عدد اوراق المخطوط ست واربعون ورقة ،

تاريخ التصوير : في الحادي عشر من رمضان سنة ثـــلاث واربعمائة والف للهجرة .

واما خط الناسخ فواضح ، نسخي معتاد ، الا انه كثيرالتصحيف والتحريف واللحن . ويبدو ان الناسخ وهو طالب في الحرم المكي ، قليل العلم والمعرفة . وقد قال في نهاية الكتاب : وتمت الكتاب وقت قبـــل الظهر من يوم الاثنين في شهر سفر اخر الاثنين . ولم يذكر سنـــة الكتابة .

الا ان ترتيب واسلوب المسائل في هذه النسخة يختلف عن الاولى ولكنه مقتصر فيه على رؤوس المسائل أيضا .

وثمة صورة من هذه النسخة ايضا في مكتبة الجامعة الاسلامية في المدينة المنورة . تحت رقم (٢٥٦٥) خمس وستين وخمسمائة والف .

وقد شرعت في تحقيق هذا الكتاب ، واني لارجو ان لايطول بـــه الوقت حتى يظهر في عالم المطبوعات . والله الموفق والمعين .

الكتاب الثالث والعشرون : الوصول الى مسائل الاصول[(١)] .

وهو في فن اصول الفقه كما ترى من عنوانه ، وكما هو معلوم من مضمونه ايضا .

ولكن لايوجد منه الا الجزء الثاني فقط ، ويحتوى على الابواب التالية : الخبر ، الاجماع ، القياس ، الاستحسان ، الاستصحاب ، الادلة التقليد ، الفتيا ، الاجتهاد .

الا ان في اخر المخطوط نقصا يسيرا ، لايتعدى بضعة اوراق .

صحيح ان عدم نسبة هذا الكتاب الى الشيخ ابى اسحاق من قبل جميع من ترجم له ، قد يثير نوعا من الشك حول صحتها الا ان ما احتوى عليه الكتاب من الاشارة الى الشيخ ابى الطيب الطبرى بضع عشرة مرة ، بلفظ : وقال شيخنا : او : به يقول شيخنا ، وكذا احالة المؤلف الى كتابه : الملخص في الجدل بصيغة ذكرت في التلخيص في الجدل كذا وكذا ، يرفع هذا الشك ويزيل تلك الشبهة[(٢)] .

الى ماذكرته ، توصل الاستاذ عبدالمجيد تركى محقق الكتاب ولكن ، لدى التأمل في الكتاب المذكور ، نجد ان الاستاذ تركى قد وقع في الوهم ، فانه ليس للشيخ ابى اسحاق كتاب بهذا الاسم

---

(١) طبع منه الجزء الثاني فقط ، طبعته الشركة الوطنية في الجزائر ١٣٩٩ هـ/١٩٧٩م بتحقيق الشيخ عبدالمجيد تركى .

(٢) ذكر مجمل ذلك الاستاذ عبدالمجيد تركى في تقديمه لكتاب الوصول في (ص٥١) ومابعدها .

وانما هو تتمة شرح الشيخ ابى اسحاق لكتابه : اللمع فى اصول الفقه انظر رؤوس مسائل كتاب الوصول ، ثم انظرها فى كتاب اللمع تجد التطابق الكامل بينهما ، مما يحمل على رفض قول محقق الوصول رفضا علميا وعمليا .

وسأضرب لك ثلاثة امثلة ، اثبت لك بها ماذكرت :

المثال الاول : قال فى اللمع فى باب القول فى الاخبار: بيان الخبر واثبات صيغته ، والخبر هو الذى لايخلو من ان يكون صدقا او كذبا ، وله صيغة موضوعة له فى اللغة تدل عليه ، وهو قوله : زيد قائم وعمرو قاعد وما اشبههما ، وقالت الاشعرية : لاصيغة له[1] . . . . الخ .

وقال فى الوصول الذى هو فى الحقيقة شرح لكتاب اللمع للشيخ ابى اسحاق فى شرح هذه الجملة :

" باب بيان الخبر واثبات صيغته ، قال المتقدمون من الطوائف كلها : حد الخبر مايدخله الصدق والكذب . . . . الخ

ثم قال : وله صيغة موضوعة فى اللغة تدل عليه ، وهى قوله : زيد فى الدار ، وقالت الاشعرية : ليس للخبر صيغة تدل عليه ، وقالت المعتزلة : الخبر يصير خبرا اذا انضم الى اللفظ قصد المتكلم الى الاخبار به كما قالوا فى الامر ، والدليل على صحة مذهبنا هو[2] . . . الخ

من هذين النصين ، نرى التطابق بين مافى اللمع ومافى شرحه .

---

(١) انظر متن اللمع فى نزهة المشتاق (ص ٤٠٥) .

(٢) الوصول الى مسائل الاصول (ص ٧١) .

المثال الثاني : قال في اللمع : باب القول في الاجماع، باب ذكر معنى الاجماع واثباته : الاجماع في اللغة يحتمل معنيين احدهما الاجماع على الشيء . والثاني العزم على الامر والقطع به ، من قولهم اجمعت على الشيء اذا عزمت عليه ، واما في الشرع، فهو اتفاق علماء العصر على حكم الحادثة[1] . . . الخ .

وقال في الوصول : باب القول في الاجماع، ومعنى الاجماع واثباته، الاجماع في اللغة يحتمل معنيين : احدهما : الاجتماع على الشيء، والثاني : العزم من قولهم : اجمعت على الشيء اذا عزمت عليه ، واما في الشرع، فهو : اتفاق علماء العصر على حكم الحادثة[2] . . . ثم شرع في شرح ذلك .

المثال الثالث : وفي باب القياس قال في اللمع : باب حد القياس واعلم ان القياس حمل فرع على اصل في بعض احكامه ، بمعنى يجمع بينهما . وقال بعض اصحابنا : هو الامارة على الحكم، وقال بعض الناس : هو فعل القائس، وقال بعضهم هو الاجتهاد ، والصحيح هو الاول ، لانه يطرد وينعكس، الاترى ان بوجوده يوجد القياس وبعدمه ينعدم ، فدل على صحته[3] . . . الخ .

---

(١) انظر متن اللمع في : نزهة المشتاق (ص٥٧٠) .

(٢) الوصول (ص١٤٥) .

(٣) انظر متن اللمع في : نزهة المشتاق (ص ٦٣٠) ومايليها .

وقال فى الوصول : باب بيان حد القياس، اعلم ان القياس حمل فرع على اصله بعلة جامعة بينهما ، وقال بعض اصحابنا : هو الامارة على الحكم ، وقال بعض الناس : هو فعل القائس وقال بعضهم : هو الاجتهاد ، والصحيح هو الاول ، لانه يطرد وينعكس الاترى ان بوجوده يوجد القياس وبعدمه يعدم ، فدل على صحته[١] . . الخ ثم شرع فى شرح ذلك .

فدل جميع ماذكرناه على ان كتاب الوصول ، انما هو كتاب شرح اللمع، وكلاهما اعنى اللمع وشرحه للشيخ ابى اسحاق وان اطلاق اسم الوصول على شرح اللمع خطأ من بعض نساخ كتاب شرح اللمع ولم يذكر احد ممن ترجموا للشيخ ابى اسحاق ان كتابه : شرح اللمع يسمى بالوصول ، فصح ان اطلاق هذا الاسم عليه وهم، وانه ليس للشيخ ابى اسحاق كتاب يسمى بالوصول الى مسائل الاصول وانما هو بهذا العنوان كتاب لابى بكر محمد بن داود الظاهرى[٢] . والله اعلم .

---

(١) الوصول (ص٢١١) .

(٢) وقبيل دفع هذا القسم من مقدمة التحقيق هذه الى الطبع اتصلت بالشيخ الدكتور نزيه حماد - وهو متخصص فى الفقه والاصول وله اشتغال فى التحقيق - بعد ان علمت ان لديه خبرا حول هذا الكتاب، فسألته عن نسبة هذا الكتاب الى الشيخ ابى اسحاق ، فقال : انه تتمة شرح اللمع للشيخ ابى اسحاق ، وقد اخطأ الناسخ فى وضع هذا العنوان " الوصول" =

. . . .

= على نسخة شرح اللمع في المكتبة الوطنية بباريس .
واخبرني الشيخ نزيه بانه اطلع على هذا الكتاب في مكتبة استنبول بتركيا ، وصور منه نسخة ودفعها الى الاستاذ تركي ليقف على الحقيقة ، وقد تقبل منه ذلك ، واخبره بانه سيحقق الجزء الاول من الكتاب ، وسيطبعه بجزئيه الاول والثاني تحت عنوان : شرح اللمع ، للشيخ ابي اسحاق .

الفصل الرابع

في وفاة الشيخ أبي إسحاق

(ويتكون من أربعة مطالب)

المطلب الأول : في سنة وفاته .

المطلب الثاني : في رثائه .

المطلب الثالث : في ما رؤي له من الرؤا .

المطلب الرابع : في عقبه .

المطلب الاول : في سنة وفاة الشيخ ابي اسحاق

توفي الشيخ ابو اسحاق رحمه الله ، في بغداد ، في دار ابي المظفر بن رئيس الرؤساء ، يوم الاحد ، وقيل : ليلة الاحد ، الحادي والعشرين من جمادى الاخرة ، وقيل : الاولى ، سنة ست وسبعين واربعمائة من الهجرة[١] بدار الخلافة من الجانب الشرقي ، وذلك بعد عودته الى بغداد من المهمة التي كلفه بها الخليفة الى نيسابور في ذي الحجة سنة خمس وسبعين واربعمائة ، بقليل[٢] ، اي بستة اشهر .

وقيل : توفي سنة احدى وسبعين واربعمائة[٣] ، وقيل : اثنتين وسبعين[٤] ، والصواب ما اثبتناه قبلا .

واغرب ابن السبكي فقال : توفي في الليلة التي صبيحتها يوم الاربعاء[٥] . ا . هـ والحال انها يوم الاحد ، او ليلته .

---

(١) تهذيب النووي (٢ : ١٧٤) ، المجموع (١ : ٣٤) ، البداية والنهاية (١٢ : ١٢٤) ، تبيين (ص١٧٨) ، المنتظم (٩ : ٧) ، معجم البلدان (٣ : ٣٨١) ، وفيات (١ : ٣٠) ، الكامل (١٠ : ١٣٢) .

(٢) دائرة المعارف الاسلامية (١٤ : ٢٣) .

(٣) ذكره في دائرة القرن العشرين (٥ : ٤٢٢) بالارقام وهو خطأ .

(٤) تهذيب النووي (٢ : ١٧٤) .

(٥) طبقات ابن السبكي (٣ : ٩٦) .

وقد باشر غسل الشيخ ابى اسحاق ، ابو الوفاء ابن عقيل الحنبلي[١] وهو احد تلامذة الشيخ .

وقد صلى على الشيخ ابى اسحاق مرتان : الاولى : فى دار الخلافة بباب الفردوس، صلى عليه فيها ابو الفتح المظفر بن رئيس الرؤساء ، وحضر الصلاة عليه فيها الخليفة المقتدى بامر الله وكان ابو الفتح يومئذ لابسا ثياب الوزارة ، وقد كان حينئذ نائبا بالديوان ، والثانية : فى جامع القصر[٢] .

اما الصلاة عليه في دار الخلافة ، فهذا شيء لم يفعل على غيره ، فيما ذكره ابن الاثير[٣]، وقد علل ابن الجوزى ذلك بانه من اجل نظام الملك[٤]، لما كان بينه وبينه من المودة والالفة والثقة .

وقد اجتمع للصلاة عليه خلق عظيم ، فيما حكاه النووى[٥]، وجرى دفنه وسط احتفاء كبير[٦]، ودفن في اليوم الثاني من وفاته[٧]، بباب ابرز

---

(١) البداية والنهاية (١٢ : ١٢٤) ، المنتظم (٩ : ٧) ، طبقات ابن السبكى (٣ : ٩٦) .

(٢) انظر المنتظم (٩ : ٧) ، الكامل (١٠ : ١٣٢) ، البداية والنهاية (١٢ : ١٢٤) .

(٣) الكامل (١٠ : ١٣٣) .

(٤) المنتظم (٩ : ٧) .

(٥) المجموع (١ : ٣٤) ، تهذيب النووى (١ : ١٧٤) .

(٦) دائرة المعارف الاسلامية (١٤ : ٢٣) .

(٧) المجموع (١ : ٣٤) ، تهذيب النووى (١ : ١٧٤) ، طبقات ابن السبكى (٣ : ٩٦) .

وقبره هناك ظاهر[١] . وتسمى : مقبرة باب حرب[٢] .

وجلس اصحابه للعزاء فى المدرسة النظامية ثلاثة ايام ، لم يتخلف عن العزاء فيها احد[٣] .

وبعد موت الشيخ ابى اسحاق ، رتب مؤيد الملك بن نظام الملك وكان ببغداد فى التدريس مكانه ابا سعد عبد الرحمن بن المأمون المتولى ، فلما بلغ ذلك نظام الملك ، انكره ، وقال : كان يجب ان تغلق المدرسة بعد الشيخ ابى اسحاق سنة لاجله[٤] . وقد فعل ذلك حدادا على الشيخ .

---

(١) المنتظم (٩ : ٧) ، البداية والنهاية (١٢ : ١٢٤) ، وفيات (١ : ٣٠) .

(٢) انظر طبقات ابن السبكى (٣ : ٩٦) .

(٣) الكامل (١٠ : ١٣٢) .

(٤) الكامل (١٠ : ١٣٢) ، البداية والنهاية (١٢ : ١٢٤) .

المطلب الثاني : في رثاء الشيخ ابي اسحاق

للرثاء دلالة كبيرة على منزلة المرثي ، لان الراثي يحاول تضمين عباراته عنه اكثر المعاني الطيبة والاحساسات الصادقة ، في ابلغ العبارات واوجزها ، ليبقى لها في نفوس السامعين الاثر الفعال والذكر الدائم .

وقد كان للشيخ ابي اسحاق من هذا نصيب، فقد رثاه عدد من الشعراء المحبين ، منهم ابو الحسن بن الخباز والبندنيجي (١) وابو القاسم عبد الله بن ناقياء حيث قال فيه (٢) :

اجرى المدامع بالدم المهراق	خطب اقام قيامة الاماق
ماالليالي لاتؤلف شملها (٣)	بعد ابن بجدتها (٤) ابي اسحاق
ان قيل : مات ، فلم يمت من ذكره	حي على مر الليالي باق

---

(١) الكامل (١٠ : ١٣٢) .

(٢) وفيات الاعيان (١ : ٣٠) .

(٣) اشار محقق وفيات الاعيان احسان عباس الى انها في احدى نسخ الكتاب وردت بلفظ : شملنا .

(٤) كلمة تقال للعالم بالشيء ، وللدليل الهادي . انظر القاموس (١ : ٢٧٥) .

المطلب الثالث: في مارؤى للشيخ ابى اسحاق من الـــرؤى

رأى الشيخ ابو محمد عبدالله بن محمد بن نصر بن كاكا المؤيدى للشيخ ابى اسحاق رؤيا حسنة ، قال :

رأيت في العشر الاوسط من المحرم سنة ثمان وستين واربعمائة ليلة الجمعة الشيخ ابا اسحاق طول الله عمره ، في منامى يطير مــع اصحابه في السماء الثالثة اوالرابعة ، فتحيرت في نفسي ، وقلت : هذا هو الشيخ الامام مع اصحابه ، يطير وانا معهم ، استفظاعا لتلك الحال والرؤية في ، فكنت في هذه الفكرة ، اذ تلقى الشيخ الامام ملك وسلــم عليه عن الله تبارك وتعالى وقال له : ان الله تبارك وتعالى يقرأ عليك السلام ، ويقول : ماذا تدرس لاصحابك ، فقال الشيخ : ادرس مانقــل عن صاحب الشرع.

فقال له الملك : فاقرأ علي شيئامن ذلك لاسمعه ، فقرأ عليــــه الشيخ مسألة لااذكرها ، فاستمع له الملك ،وانصرف . واخذ الشيـــخ يطير واصحابه معه ، فرجع الملك بعد ساعة ، وقال للشيخ : ان اللـــه تعالى يقول : الحق ما انت عليه واصحابك فادخل الجنة معهم.[1]

قلت : المراد باصحابه ، من كان على ماكان يعتقده الشيـــخ ابو اسحاق ، اعنى عقيدة السلف في اسماء الله وصفاته ، احترازا عن المجسمة والمشبهة و لمعتزلة والجهمية وغيرهم .

---

(١) طبقات السبكي (٣ : ٩٤) .

وبعد موته رؤى الشيخ ابو اسحاق وعليه ثياب بيض، فقيل له ماهذا ؟ فقال : عز العلم.[(١)]

وقد بقي للمدرسة النظامية اثر في نفسه ، انتقل معه الى قبره فانه كان قد امتنع ـ كما ذكرنا عند الكلام على عقيدة الشيخ ابى اسحاق[(٢)] ـ عن التدريس فيها يوم ان طلبه نظام الملك لذلك بسبب ما اخبره به شاب ، من ان اكثر آلات المدرسة مغصوبة ، ثم قبل التدريس بها بعد مراجعة تلامذته له في ذلك ، فلما توفى الشيخ ابو اسحاق ، رآه ابو يعلى بن الفراء في المنام فسأله : اليس قد متّ ؟ فقال : لا والله مامت[(٣)] . ثم ابرأ الى الله من المدرسة ومافيها[(٤)]. ا . هـ

---

(١) المجموع (١ : ٣٤) ، تهذيب النووى (٢ : ١٧٤) .
(٢) انظر (ص ٠٠)
(٣) هو من باب قول القائل :

دقات قلب المرء قائلة له ان الحياة دقائق وثوان
فاعمل لنفسك قبل موتك ذكرها فالذكر للانسان عمر ثان

(٤) المنتظم (٩ : ٨) .

المطلب الرابع: في عقب الشيخ ابي اسحاق

لم يكن للشيخ ابى اسحاق عقب ، وما ادعاه مجد الدين محمد بن يعقوب بن محمد بن ابراهيم الشيرازى الفيروز ابادى صاحب القاموس المحيط من انه ينتسب الى الشيخ ابى اسحاق ، فمطعون فيه ، قال ابن حجر: وكان الناس يطعنون فى ذلك مستندين الى ان الشيخ لم يعقب.(١) ا.هـ

وايضا فان احدا ممن ترجموا للشيخ ابى اسحاق لم يذكر انه قد اعقب اصلا .

---

(١) مفتاح السعادة (١ : ١٢٠) .

الباب الثاني
في علم الخلاف

ويتكون من ستة فصول

الفصل الأول : في التعريف بعلم الخلاف

الفصل الثاني : في معرفة كيف دب الخلاف في الأمة

الفصل الثالث : مجالات علم الخلاف .

الفصل الرابع : في بيان دور علم الخلاف في بناء شخصية الفقيه وأثره في الحركة الفقهية .

الفصل الخامس : أسباب الخلاف والمؤلفات فيه

الفصل السادس : مؤلفات علم الخلاف وعهود الاهتمام به عبر القرون .

الفصل الأول

في التعريف بعلم الخلاف

ويتكون من أربعة مطالب

المطلب الأول : **في تعريفه .**

المطلب الثاني : **في استمداده .**

المطلب الثالث : **في معرفة مؤسس علم الخلاف .**

المطلب الرابع : **بيان صلته بعلم الجدل .**

المطلب الاول : في تعريف علم الخلاف

الخلاف فى اللغة من المخالفة ، تقول : خالفت فلانا واخالفه مخالفة وتخالف القوم واختلفوا : اذا ذهب كل واحد منهم الى غير ماذهب اليه الاخر .

فالخلاف اذن ضد الوفاق ، والاسم منه : الخلف ،بضم الخاء المعجمة بعدها لام ساكنة.[١]

ويطلق الخلاف ، ككتاب ، على شجر الصفصاف ، واحدته خلافة بلام مخففة ، قال الصغانى : وتشديدها من لحن العوام. وسبب تسمية الصفصاف خلافا ، هو ان الماء اتى به سبيا ، فنبت مخالفا لاصله ، فيما حكاه الدينورى[٢] .

يحكى ان بعض الملوك مر بحائط، فرأى شجر الخلاف ،فقال لوزيره : ماهذا الشجر ؟ فكره الوزير ان يقول : شجر الخلاف لنفور النفس عن لفظه ، فسماه باسم ضده ، فقال : شجر الوفاق .
فاعظمه الملك لنباهته[٣] . ا . هـ

وفى الاصطلاح : هو علم باحث عن وجوه الاستنباطات المختلفة من الادلة الاجمالية ، او التفصيلية الذاهب الى كل منها طائفة

---

(١) انظر المصباح (١ : ١٩٣) .
(٢) انظر المصباح (١ : ١٩٣) ، القاموس(٣ : ١٣٨) .
(٣) المصباح (١ : ١٩٣) .

من العلماء : . . . . . . ثم البحث عنها بحسب الابرام والنقض لاى وضع اريد فى تلك الوجوه[(١)] . ا . هـ

وعرفه ابن خلدون بانه : بيان مأخذ هؤلاء الائمة ، ومثارات اختلافهم ومواقع اجتهادهم[(٢)] . ا . هـ

والتعريفان متقاربان وان كان الاول اوسع عبارة ، لبيانه عمل المختلفين بعد معرفة الادلة لكل مذهب ، وهو البحث فى تلك الادلة نقضا او ابراما .

فعلم الخلاف اذن هو الجدل الواقع بين المذاهب الفرعية كابى حنيفة والشافعى وامثالهما[(٣)] .

ويراد من هذا الجدل حفظ احكام المذهب ، برد الشبه الواردة عليه من قبل المذاهب الاخرى ، ولذلك عرفه الاستاذ محمد الخضرى بانه : القواعد التى يتوصل بها الى حفظ الاحكام المستنبطة المختلف فيها بين الائمة ، او هدمها[(٤)] . ا . هـ

---

(١) ابجد العلوم (٢ : ٢٧٨) .

(٢) مقدمة ابن خلدون (ص٣٦٢) .

(٣) مفتاح السعادة (٢ : ٥٩٩) .

(٤) اصول الفقه للخضرى (ص١٤) .

المطلب الثاني : في بيان استمداد علم الخلاف

وعلم الخلاف مستمد من العلوم العربية الشرعية ، ومبادئه مستنبطة من علم الجدل[١] .

ويمكن جعل علم الجدل والخلاف من فروع علم اصول الفقه[٢] لان كلا من هذه العلوم الثلاثة يتعلق بالنظر في الادلة .

لكن بين الجدل والخلاف فرقا ، وهو " ان الجدل بحث عن مواد الادلة الخلافية ، والخلاف بحث عن صورها "[٣] .

فعلم الجدل يعرف به كيفية ايراد الحجج الشرعية ، ودفع الشبه عنها ، وتعرف به قوادح الادلة الخلافية ، بايراد البراهين القطعية[٤] .

وهذا كله يتعلق بالادلة القائمة بين المتخالفين ، وكيف تورد ومتى تورد ، لضمان التفوق بها على المخالف .

واما علم الخلاف فيتناول المسائل الخلافية ويطبقها مسألة مسألة ، على قواعد الجدل ، شأنه في ذلك شأن الفقه مع اصوله ، فان الاصول يبحث في استنباط القواعد من الادلة الشرعية ، واما

---

(١) انظر ابجد العلوم (٢ : ٢٧٨) .

(٢) انظر ابجد العلوم (٢ : ٢٧٨) .

(٣) مفتاح السعادة (٢ : ٥٩٩) ، أبجد العلوم (٢ : ٢٧٦) .

(٤) انظر كشف الظنون (١ : ٧٢١) .

الفقه فيبحث في تنزيل المسائل والحوادث على تلك القواعد .

ثم يشترك الجدل والخلاف في ان كلا منهما يراد لنصرة المذهب في جميع احواله ، وتمكينه من قلوب الاتباع ، باظهار مايمكن اظهاره من الادلة المؤيدة له ، وايراد مايمكن ايراده من الشبه والاعتراضات على مذهب الخصم ، لاضعافه في نفوس اتباعه .

من اجل ذلك فقد عرف الجدل بانه : علم يقتدر به على حفظ اى وضع كان ، بقدر الامكان[1] . ا . هـ

فلا عجب اذن ان يوصف الجدلي بانه : اما مجيب يحفظ وضعا - وهو مذهبه - او سائل يهدم وضعا - وهو مذهب خصمه[2] . ا . هـ

---

(١) كشف الظنون (١ : ٧٢١) ، ابجد العلوم (٢ : ٢٧٦) .

(٢) نفس المصدر .

المطلب الثالث : في معرفة مؤسس علم الخلاف

اول من اخرج علم الخلاف في الدنيا ، ابو زيد الدبوسي (١) المتوفى سنة اثنتين وثلاثين واربعمائة للهجرة ، وهو ابن ثلاث وستين سنة .

ذلك انه لما ناظر ذات مرة رجلا ، جعل الرجل يبتسم ويضحك فعجب منه ابو زيد واستغرب فعله ، فانشد لنفسه :

مالي اذا الزمته حجة　　قابلني بالضحك والقهقهه

ان كان ضحك المرء من فقهه　　فالضب في الصحراء ما افقهه (٢)

فكانت هذه الحادثة حافزة له على وضع قواعد واصول في علم الخلاف .

وقيل اول من الف فيه : ابو علي حسن بن قاسم الطبري المتوفى سنة خمسين وثلاثمائة وسمى كتابه فيه : المجرد في النظر ، وقيل

---

(١) هو عبد الله بن عمر بن عيسى ، ابو زيد ، كان فقيها باحثا ، نسبته الى دبوسية وهي بلدة واقعة بين بخارى وسمرقند ، له كتب منها : تأسيس النظر ، وهو في اختلاف الفقهاء ابي حنيفة وصاحبيه ومالك والشافعي ، وهو مطبوع ، ومنها كتاب الاسرار في الاصول والفروع عند الحنفية ، ومنها في الاصول ايضا : تقويم الادلة . وهما لا يزالان مخطوطان توجد نسخة من كل منهما في مكتبة شستربتي الاول برقم (٥١٥٠) والثاني برقم (٣٣٤٣) . انظر الاعلام (٤ : ١٠٩) .

(٢) انظر ابجد العلوم (٢ : ٢٧٨) .

المحرر فى النظر[١] .

وقد استبعد صاحب الكشف ذلك ، فقال : كذا قيل[٢] . ا . هـ

بينما قرر ذلك[٣] الامام الحافظ ابن كثير حيث قال فيه[٤] : احد الائمة المحررين فى الخلاف واول من صنف فيه . ا . هـ وتابعه على ذلك الزركلى فقال : له المحرر فى النظر وهو اول كتاب صنف فى الخلاف المجرد[٥] . ا . هـ

---

(١) ذكرهما معا فى الكشف الاول فى (٢ : ١٥٩٣) ، والثانى (٢ : ١٦١٢) .
(٢) الكشف (٢ : ١٦١٢) اشارة منه الى انه يرجح القول الاول عليه .
(٣) اعنى القول بان الطبرى هو اول من الف فى الخلاف .
(٤) فيما نقله عنه الزركلى .
(٥) الاعلام (٢ : ٢١٠) وانظر فى نفس الصفحة كلام ابن كثير ايضا وانظر تقرير النووى لذلك ايضا فى تهذيب الاسماء واللغات (٢ : ٢٦٢) .

المطلب الرابع : بيان صلة علم الخلاف بعلم الجدل

واذا كان لعلم الخلاف صلة بعلم الجدل من حيث ان الثاني يبحث في مادة الادلة ، والاول يبحث في صورها ، فقد ناسب ان نعرف بعلم الجدل تعريفا موجزا ، لتتم به صورة العلاقة بينهما ، وذلك في خمسة مباحث :

المبحث الاول : تعريف علم الجدل

الجدل في اللغة بفتح الاول والثاني ، هو المخاصمة والمقاومة على سبيل المغالبة .

واصله : من جدلت الحبل اجدله جدلا ، اذا فتلته فتلا محكما فكأن كلا من المتجادلين يفتل صاحبه عن قوله الى قوله هو .

وقيل : ان اصله من الجدل ، وهو القوة ، فكأن كلا المتجادلين يقوى قوله ويضعف قول صاحبه .

وقيل : اصله من الجدالة ، وهي الارض ، فكأن كلا منهما يريد ان يصرع صاحبه ، ويجعله بمنزلة من يلقيه بالجدالة .(١)

وقال الفيومي : جدل الرجل جدلا ، فهو جدل - بفتح الاول وكسر الثاني - من باب تعب ، اذا اشتدت خصومته .

---

(١) اتحاف المتقين (١ : ٢٧٧) .

وجادل مجادلة وجدالا ، اذا خاصم بما يشغل عن ظهور الحق ، ووضوح الصواب، هذا اصله .

ثم استعمل على لسان حملة الشرع في مقابلة الادلة لظهور ارجحها [١] . ا . هـ

فالجدل من مادته اللغوية يعرف بانه اظهار القوة والغلبة على الخصم لالحاق الهزيمة به ، ولا مزيد .

واما في الاصطلاح فقد عرفه ابن خلدون بانه : معرفة بالقواعد ، من الحدود والاداب، في الاستدلال ، التي يتوصل بها الى حفظ رأى وهدمه ، كان ذلك الرأى من الفقه ،اوغيره [٢] . ا . هـ

وعرفه طاش كبرى زاده وحاجي خليفة بانه : علم يقتدر به على حفظ اى وضع كان ، بقدر الامكان [٣] . ا . هـ

وعرفه الجرجاني بانه : دفع المرء خصمه عن افساد قوله بحجة او شبهة ، اويقصد به تصحيح كلامه ، وهو الخصومة في الحقيقة [٤] . ا . هـ

واما الخضرى فعرفه بانه : القواعد التي يتوصل بها الى حفظ رأى او هدمه ، سواء اكان حكما شرعيا ام لا [٥] .

---

(١) المصباح (١ : ١٠٢) .

(٢) مقدمة ابن خلدون (ص٣٦٢) .

(٣) مفتاح السعادة (٢ : ٥٩٩) ، كشف الظنون (١ : ٧٢١) وانظر اتحاف المتقين (١ : ٢٧٨) ، ابجد العلوم (٢ : ٢٠٨) .

(٤) التعريفات (ص٧٤) .

(٥) اصول الفقه للخضرى (ص١٤) .

من هذه التعريفات يتبين لنا ان علم الجدل عبارة عن معرفة كيفية حشد الادلةوالبراهين لنصرة مذهب او رأى يراه المجادل حتى اذا لم يجد من الادلة ماينهض به معها مذهبه او رأيه ، عمد الى المغالطات والسفسطة لدعمه بهاوالزام الخصم ، وافحام من هو قاصر من الخصوم عن ادراك مقدمات البرهان[1] ، وهذا لايمنع من ان يكون الجدل فى بعض الاحوال مفيدا ، "لان صور الادلة والاقيسة فيه محفوظة مراعاة تتحرى فيهاطرق الاستدلال كما ينبغى"[2] فمتى التزم بها الطرفان امكن التوصل الى الكشف عن الحق اذا اخلصا النية فيه وطلباه .

ولذلك قال الفيومى فيه : وهو محمود ان كان للوقوف على الحق والا فمذموم .[3] ا . هـ

قلت : فاذا قصد المتجادلان الوقوف على الحق ، سمى جدلهما مناظرة ، كماسيأتى بيانه فى المبحث الثانى ، والا بان قصد كل منهما نصرة رأيه اومذهبه ، فهما متجادلان ، وهذا هو الغالب فى المتجادلين ، ولهذا قيل : " الجدلي اما مجيب يحفظ وضعا ـ وهو ماذهب اليه ـ او سائل يهدم وضعا ـ وهو ماذهب اليه خصمه .[4] ا . هـ

---

(١) انظر مقدمة ابن خلدون (ص٣٦٣) ، التعريفات (ص٧٤) .

(٢) مقدمة ابن خلدون (ص٣٦٣) .

(٣) المصباح (١ : ١٠٢) .

(٤) كشف الظنون (١ : ٥٧٢) ، ابجد العلوم (٢ : ٢٧٦) .

المبحث الثاني : استمداد علم الجدل

علم الجدل جزء من علم المنطق - والنظر - الا انه مخصوص بالعلوم الدينية[(١)] .

وله استمداد من علم المناظرة ، المشهور باداب البحث ، بل لايبعد ان يقال : ان علم الجدل هو علم المناظرة ، لان المآل منهما واحد[(٢)] ، وهو انهما وسيلة لتثبيت آراء المذاهب وادلتها ، " الا ان علم الجدل اخص منهما"[(٣)] لان الجدل يُقصد لنصرة المذهب فى كل الاحوال ، حتى اذا ظهر الحق مع الخصم ، عمد المجادل الى التخلص منه ودفعه بما امكنه ، وذلك بايراد الشبه والحجج عليه لابطاله .

واما فى المناظرة فالاصل فيها ان المتناظرين يرومان بها الوقوف على ادلة كل منهما ، ثم المصير الى من ثبت ان الحق معه منهما[(٤)] .

ثم ان علم الجدل وان كان " من العلوم العقلية ، لكنه من فروع علم الاصول ايضا"[(٥)] لانه يتعلق بالنظر فى ادلة المتجادلين

---

(١) اتحاف المتقين (١ : ٢٧٨) ، كشف الظنون (١ : ٧٢١) ، ابجد العلوم (٢ : ٢٧٦) .

(٢) انظر اتحاف المتقين (١ : ٢٧٨) والتى تليها ، ابجد العلوم (٢ : ٢٠٨) .

(٣) اتحاف المتقين (١ : ٢٨٩) .

(٤) انظر مفتاح السعادة (٢ : ٥٩٩) .

(٥) مفتاح السعادة (٢ : ٥٩٩) .

ليتوصل به المجادل الى تأييد مذهبه ، وهدم مذهب خصمه اورأيه .

واما مبادئ علم الجدل ، فتعتمد على ثلاثة امور[١] :

الامر الاول : علم القياس والنظر[٢] . بمعنى ان المجادل في حاجة الى معرفة كيفية ترتيب الادلة وتنسيقها ، بوضع مقدمات قريبة ليرتب عليها نتائج قد لايسهل ادراكها او التسليم بها بدون تلك المقدمات .

الامر الثاني : علم الخطابة ، ذلك لان المجادل قد يحتاج لاثارة الشغب على الخصم ، الى تهييج مشاعر الجمهور المحيطين به ضد خصمه لانزال الهزيمة والحاق العار به ، لقطعه والتشكيك بما يذهب اليه او بما يحتج به من الادلة ، وهذا المعنى يمكن ادراكه عن طريق علم الخطابة[٣] .

---

(١) ذكر المرتضى الحنفي في الاتحاف (١ : ٢٧٨) هذه المبادئ فقال : ومباديه بعضها امور مبنية على علم النظر وبعضها خطابية ، وبعضها امور عادية . ا . هـ وذكرها صديق حسن خان ايضا في ابجد العلوم (٢ : ٢٠٨) .

(٢) ويسمى علم البرهان : وهو النظر في القياس المنتج لليقين وكيف يجب ان تكون مقدماته يقينية . ا . هـ مقدمة ابن خلدون (ص ٢٨٨) والتي تليها .

(٣) ولذلك عرفوه بانه : القياس المفيد ترغيب الجمهور وحملهم على المراد منهم ، ومايجب ان يستعمل في ذلك من المقالات . ا . هـ مقدمة ابن خلدون (ص ٢٨٩) .

الامر الثالث : امور عادية ، تجرى مجرى المسلمات فى الحياة اليومية وكلما زاد وقوف المجادل على انواع واشكال تلك المسلمات كلما كان اكثر اقتدارا على تنزيل المعانى البعيدة عليها ، وذلك مما يسرع فى افحام الخصم ، ودحض ماعنده من حجج اوشبه لاسيما وان الجمهور والعوام يدركون المسلمات بالبديهة ، فاذا رتب عليها المجادل معنى بعيدا واظهر مابينهما من الترابط ، امكنه استمالة الجمهور الى رأيه ، ولو بطريق الشغب على الخصم .

المبحث الثالث : سبب نشوء علم الجدل

لما انتشرت المذاهب، وكثر المنتسبون اليها، وكثرت الاراء وازداد المتمسكون بها، اشتد الجدل والحوار بينهم حول تلك المذاهب والاراء، ولكنهم فى سبيل نصرة المذهب او الرأى، كانوا اذا تناظروا اوتجادلوا حولها، ارسل كل منهم العنان لنفسه فى الاحتجاج لمذهبه او رأيه، وقد يكون ماذكره على انه حجة ليس بحجة، او يكون مارآه صوابا ليس بصواب، وهدفه من ذلك فرض رأيه او مذهبه على خصمه، والتشنيع على المقابل لدحض مالديه .

فاضطر الائمة عندئذ الى وضع احكام وآداب، يقف المتناظران عند حدودها، فى رد قول او قبوله ، ويعرف بتلك الاحكام والضوابط كيف يجب ان يكون عليه حال المستدل، والمجيب، ومتى يسوغ له ان يكون مستدلا، ومتى يكون مخصوما منقطعا عن نصرة مذهبه اورأيه ليحكم لخصمه بالانتصار عليه، ويعرف بتلك الضوابط ايضا متى يحق للمجادل ان يعترض، ومحل اعتراضه، واين يجب عليه السكوت ولخصمه الكلام والاستدلال[1] .

---

(١) انظر مقدمة ابن خلدون (ص٣٦٢) .

المبحث الرابع : اول من صنف في علم الجدل

" اول من صنف فيه من الفقهاء ، ابو بكر القفال الشاشي المتوفى سنة ست وثلاثين وثلاثمائة"[١] .

وقيل : ان اول من دون الجدل ابو علي الطبري[٢] .

ثم ان الذين صنفوا في علم الجدل ، تباينت طرقهم في عرضه ومادته ،وقد خلصت منها طريقتان[٣] :

الطريقة الاولى : للامام البزدوي . وهو علي بن محمد بن الحسين بن عبد الكريم بن موسى بن عيسى البزدوي ، ابوالحسن[٤] الحنفي .

---

(١) اتحاف المتقين (١ : ٢٧٩) ، كشف الظنون (١ : ٥٨٠) ،ابجد العلوم (٢ : ٢٠٩) .

(٢) المصباح (١ : ١٠٢) .

(٣) ذكرهما ابن خلدون في المقدمة (ص٣٦٢) والتي تليها .

(٤) من ائمة الحنفية وكبرائهم ، امام الدنيا في الفروع والاصول من فحول المناظرين كان يضرب به المثل في حفظ المذهب توفي سنة ٤٨٢ هـ في بلدة كش ببخاري . له مصنفات منها : المبسوط احد عشر مجلدا ، وشرح الجامع الكبير والصغير وكتاب في الاصول كبير يعرف باصول البزدوي . وكتاب ضخم في تفسير القرآن مائة وعشرون مجلدا . انظر الفوائد البهية (ص١٢٤) .

وتمتاز طريقته فى انها خاصة بالادلة الشرعية ، من النص والاجماع والاستدلال .

الطريقة الثانية : للامام ركن الدين محمد بن محمد بن محمد ابوحامد العميدى السمرقندى ، الفقيه[١] ، وتمتاز طريقته بانها عامة فى كل دليل يستدل بهمن اى علم كان . وقد صنف فى ذلك كتابه الطريقة الحميدية[٢] . ولعله هو المسمى بالارشاد فى علم الخلاف والجدل[٣] .

قال المولى ابو الخير : وللناس فيه - اى الجدل - طرق احسنها طريق ركن الذين العميدى[٤] . ا.هـ لانها اشمل من الاولى ، اذ يمكن استخدامها فى العلوم الشرعية وغيرها .

---

(١) كان اماما فى فن الخلاف والجدل ، توفى فى بخارى سنة ٦١٥هـ وله كتب منها : النفائس، فى الجدل ، وهو من الكتب المتوسطة فى هذا الفن ، اختصره احمد بن خليل الشافعى الخوئى القاضى بدمشق ، المتوفى سنة ٦٣٧هـ وسماه عرائس النفائس. انظر كشف الظنون (٢ : ١٩٦٦) . ومنها : الارشاد فى الخلاف والجدل مخطوط توجد منه اوراق فى دار الكتب ،عن الاسكوريال اعتنى بشرحه جماعة ، ومنها : حوض الحياة . وهو رسالة لا زالت مخطوطة . انظر الاعلام (٧ : ٢٧) والتى تليها .

(٢) لايزال مخطوطا . انظر الاعلام (٧ : ٢٧) .

(٣) انظر كشف الظنون (١ : ٦٩) الا انه اخطأ فى ذكر وفاة العميدى فقال : المتوفى سنة خمس عشرة وخمسمائة . ا.هـ والصواب سنة خمس عشرة وستمائة .

(٤) كشف الظنون (١ : ٥٨٠) .

ثم جاء من بعده الامام النسفى محمد بن محمد بن محمد ابو الفضل برهان الدين النسفى[١]، وتبع العميدى فى طريقته فى الجدل[٢] فالف فيه كتبا ، وهى :

(١) المقدمة النسفية ، وتسمى المقدمة البرهانية ، فى الخلاف .

(٢) الفصول فى علم الجدل .

(٣) منشأ النظر فى علم الخلاف .

(٤) القوادح الجدلية .

وجميع هذه المصنفات لاتزال مخطوطة[٣] .

ثم كثرت التآليف فى هذه الطريقة ، ثم انها هجرت منذ قبل ابن خلدون[٤] .

وسأورد من كتاب الملخص فى الجدل ، للشيخ ابى اسحاق مقدمته ، لمعرفة ابواب وموضوعات الجدل ،وهى قوله فى مطلعه مبينا

---

(١) من الائمة الاحناف ، عالم بالتفسير والاصول ، والكلام ، سكن بغداد وتوفى بها سنة سبع وثمانين وستمائة . له كتب منها الواضح ، فى تلخيص تفسير القرآن للفخر الرازى ، ومنهاشرح الاسماء الحسنى ،لا زال مخطوطا ، ومنها دفع النصوص والنقود لا زال مخطوطا ايضا ، انظر الاعلام(٧ : ٣١) .

(٢) انظر المقدمة لابن خلدون ص٣٦٣) .

(٣) انظر الاعلام(٧ : ٣١) .

(٤) انظر المقدمة لابن خلدون (ص٣٦٣) .

اهمية علم الجدل والغاية منه وسبب اقدامه على التأليف فيه ، فقال :

" لما رأيت النظر اقوى طريق يدرك به العلم ، ويعرف بـــه دعتني نفسي الى تصنيف كتاب في الجدل ، ابين فيه رسومه واحكامه

والذى ابدأ به : بيان حدود الالفاظ الدائرة بين المتناظرين وذكر حقائقها ، لانه كثيرا مايقع التنازع في معانيها ، فلابد من بيانها ليرجع اليها عند الاختلاف .

ثم اعطف عليه : اقسام ادلة الشرع ، لان الجدل كلـه يقع على الادلة ، ولا نذكر من اقسامها الا مايقع الاحتجاج بـه ويختلف الكلام باختلافه .

ثم اذكر بعد ذلك مايختص بالجدل من آدابه ، واقسام السؤال والجواب ، ومايتصل بذلك من وجوه الاعتراض ، والانفصال على ترتيب الادلة .

واذكر في كل باب من ذلك مايصح ومالايصح ، الى ان آتي على جميع مايحتاج اليه في هذا الباب ان شاء الله[1] . ا.هـ

ونظرة اخرى على كتاب آخر في الجدل لابن الجوزى والمسمى بالايضاح لقوانين الاصطلاح ، نذكر ابوابه للوقوف على ماهية هـذا العلم وتقسيماته ، فقد جعل كتابه المذكور في خمسة ابواب :

---

(١) الملخص في الجدل (ق : ١) .

الباب الاول : في بيان الحاجة الى الجدل .

الباب الثاني : في قواعد المناظرة .

الباب الثالث : في اقسام الادلة واحكامها .

الباب الرابع : في الاعتراض والجواب .

الباب الخامس : في الترجيحات[1] .

واليك ذكر بعض ما الف في الجدل من الكتب، مرتبا على الحروف الهجائية ، وهي في المبحث الاتي :

---

(١) ذكرها في الكشف (١ : ٢١٣) .

المبحث الخامس: بعض المؤلفات في علم الجدل

(١) احكام الجدل والمناظرة ، على اصطلاح الخراسانيين والعراقيين . للشيخ ابى المعالى احمد بن هبة اللهالمدائني المتوفى سنة ٦٥٦هـ[١] .

(٢) ادب الجدل . لابى القاسم احمد بن على البلخي . المتوفى سنة ٣١٩هـ[٢] .

(٣) ادب الجدل . لابى اسحاق ابراهيم بن محمد الاسفرائيني الاستاذ ، المتوفى سنة ٤١٨هـ[٣] .

(٤) الارشاد . لابى حامد محمد بن محمد العميدى السمرقندى الحنفي المتوفى سنة ٦١٥هـ[٤] . وهومشهور بايدى الفقهاء[٥] له شروح عدة ، منها :

(أ) شرح شمس الدين احمد خليل الجويني ، قاضى دمشق الشافعي المتوفى سنة ٦٣٧هـ .

(ب) شرح القاضى اوحدالدين الدؤلي ، قاضى منبج . المتوفى سنة ٦٥٨هـ .

---

(١) الكشف (١ : ١٨) .

(٢) الكشف(١ : ٤٥) .

(٣) نفس المصدر .

(٤) الكشف(١ : ٦٩) .

(٥) لازال مخطوطا ، توجد منه اوراق فى دار الكتب ، عن الاسكوريال انظر الاعلام(٧ : ٢٧) والتى تليها .

(جـ) شرح بدر الدين المراغي . المعروف ببدر الطويل الحنفي المتوفي سنة ٧١٥هـ .

(د) شرح نجم الدين المرندى ، الى غير ذلك من الشروح[١] .

(٥) الايضاح لقوانين الاصطلاح ـ للشيخ ابى محمد يوسف بن ابى الفرج عبد الرحمن بن الجوزى ، المقتول فى فتنة التتار في بغداد سنة ٦٥٦هـ . الفه في المحرم سنة ٦٢٧هـ . ورتبه على خمسة ابواب ، اوله : احمد الله تعالى على مامنح[٢] . . . الخ .

(٦) تنبيه الرجل الغافل على تمويه الجدل الباطل . للشيخ تقى الدين احمد بن عبد الحليم بن تيمية الحرانى الدمشقي المتوفى سنة ٧٢٨هـ . وهو كتاب كبير فى الجدل . اوله : الحمد لله العليم القديم[٣] . . . . الخ .

(٧) الخلاصة في الجدل . لبرهان الدين محمود بن عبيد الله الشافعي الاصولي المراغي ، المتوفى سنة ٦٨١هـ[٤] .

(٨) الرسائل فى علم الجدل . لسراج الدين محمود بن ابى بكر الاموري المتوفى سنة ٦٨٢هـ[٥] .

---

(١) انظر الشروح الاربعة المذكورة فى الكشف (١ : ٦٩) ، (٢ : ١٦١٣) .

(٢) الكشف (١ : ٢١٣) .

(٣) الكشف (١ : ٤٨٧) .

(٤) الكشف (١ : ٧٢٠) .

(٥) الكشف (١ : ٩٠٢) .

(٩) الطريقة الرضوية . لرضي الدين السرخسي الحنفي المتوفى سنة ٥٤٤هـ، واسمه : المؤيد بن محمد بن علي الطوسي جعله في ثلاثة مجلدات[١] . توجد جميعها في القاهرة ، وجزء منها في ميونيخ بالمانيا[٢] .

(١٠) القواعد في الجدل والمنطق والاصلين . للشيخ شمس الدين محمد بن محمود الاصفهاني ، المتوفى سنة ٦٨٨هـ وهو من احسن تصانيفه[٣] .

(١١) المدخل في الجدل . لابي الحسين حسن بن احمد الداركي المتوفى سنة ٣٧٥هـ[٤] .

(١٢) مقدمة في الجدل والخلاف والنظر . لبرهان الدين محمد بن محمد النسفي ،المتوفى سنة ٦٨٨هـ . اولها : الحمد لله رب العالمين . . . الخ[٥] . وعليها شروح ، احسنها : لشمس الدين محمد السمرقندي صاحب الصحائف ، اوله : الحمد لله الواجب الذي ابدع بقدرته . . . الخ . ذكر فيه انه التمس منه جمع من الطلبة بماردين شرحها فاجاب ، وسماه : فتاح النظر

---

(١) الكشف (٢ : ١١١٣) .

(٢) مقدمة اختلاف الفقهاء (ص ٥) .

(٣) الكشف (٢ : ١٣٥٩) واستدرك عليه في الهامش بان عنوانه القواعد الكلية في الفقه والخلاف والاصلين .

(٤) الكشف (٢ : ١٦٤٣) .

(٥) الكشف (٢ : ١٨٠٣) .

وجعله لرسم خزانة ابى الحارث قرة ارسلان الارتقى ، صاحب ماردين ، وفرغ منه فى رجب سنة ٥٦٩ هـ . وشرحها المصنف ايضاً.[(١)]

(١٣) المعونة فى الجدل . للشيخ ابى اسحاق ابراهيم بن على الشيرازى المتوفى سنة ٤٧٦ هـ .

(١٤) الملخص فى الجدل . للشيرازى ايضا . والمعونة مختصر له .

(١٥) المنتحل فى علم الجدل . لابى حامد محمد بن محمد الغزالى المتوفى سنة ٥٠٥ هـ.[(٢)]

(١٦) منتخب الطريقة الرضوية ، للامام ركن الدين مسعود بن محمد بن محمد بن ابى بكر ، المعروف بامامزاده[(٣)] .

(١٧) منشأ النظر فى علم الخلاف . للامام برهان الدين محمد النسفى المتوفى سنة ٦٨٤ هـ وقيل سنة ٦٨٦ هـ . وشرحه ثم شرحه الشيخ اكمل الدين محمد بن محمود البابرتى المتوفى سنة ٧٨٦ هـ[(٤)] .

(١٨) المنقذ من الزلل فى مسائل الجدل . للقاضى ابى محمد عبد العزيز بن عثمان النسفى الحنفى المتوفى سنة ٥٣٣ هـ

---

(١) الكشف (٢ : ١٨٠٣) .

(٢) الكشف (٢ : ١٨٤٨) .

(٣) الكشف (٢ : ١١١٣) .

(٤) الكشف (٢ : ١٨٦١) .

في مجلد[1] .

الى غير ذلك من المصنفات في علم الجدل ، والتي منها المختصر ومنها المتوسط، قال في مدينة العلوم[2] : ومن الكتب المختصرة فيه : المغني للابهري والفصول للنسفي والخلاصة للمراغي ، ومقدمة النسفي ، وعليها شروح احسنها شرح السمرقندي -قال- : ومن المتوسطة : النفائس للعميدي والرسائل للارموي ، وتهذيب النكت للابهري -ثم اشار الى محدودية انتشار هذا العلم وقلة ماكتب فيه في بلده فقال : وفي هذا العلم مصنفات كثيرة ، لكنها لم يشتهر في بلادنا -تركيا- غير ماذكرناه[3] . ا.هـ

ثم ان هذا العلم قد هجر تقريبا قبيل ايام ابن خلدون في القرن السابع[4] .

---

(١) الكشف (٢ : ١٨٦٩) .

(٢) للازنيقي : محمد بن قطب الدين الازنيقي الرومي ، محيي الدين ، عالم مشارك في بعض العلوم ، توفي سنة ٨٨٥هـ . وهو تركي من بلدة ازنيق في ادرنة . انظر الاعلام (٧ : ٥٠) .

(٣) أبجد العلوم (٢ : ٢١٠) .

(٤) انظر المقدمة (ص ٣٦٣) .

الفصل الثاني

في بيان كيف دبّ الخلاف في الأمة

ويتكون من سبعة مطالب

المطلب الأول : في بيان أن الخلاف طبيعة بشرية .

المطلب الثاني : في بيان متى بدأ الخلاف .

المطلب الثالث : في بيان مراحل الخلاف الفقهي .

المطلب الرابع : نشأة المدارس الفقهية .

المطلب الخامس : بدء التعصب المذهبي .

المطلب السادس : سبب انتشار علم الخلاف بين الحنفية والشافعية أكثر من غيرهم .

المطلب السابع : مظاهر الخلاف في القرن الرابع .

المطلب الاول : بيان ان الخلاف طبيعة بشرية

خلق الله الناس وجعلهم اصنافا متفاوتة فى المقدرات العقلية والبدنية ، ليكون بعضهم فى خدمة بعض، فيحصل بذلك التكامل بين الخلق اذا اجتمعوا ، قال تعالى : (ورفعنا بعضهم فوق بعض درجات ليتخذ بعضهم بعضا سخريا)(١) وقال الشاعر :

الناس للناس من بدو وحاضرة　　　بعضهم لبعض وان لم يشعروا خدم

ولو كان الناس متساوين فى الخلق والفكر، لاستغنى بعضهم عن بعض، ولتعطلت المصالح ، فاقتضت حكمة الله اذن ان يكون بين الناس خلاف كما قال تعالى : (ولو شاء ربك لجعل الناس امة واحدة ولا يزالون مختلفين الا من رحم ربك ، ولذلك خلقهم)(٢) .

وقد اخبر النبي صلى الله عليه وسلم عن افتراق الامم السابقة ، فاليهود افترقت الى احدى وسبعين فرقة ، والنصارى افترقت الى اثنتين وسبعين فرقة ، واخبر بان امته ستفترق على ثلاث وسبعين فرقة ، وحكم على جميعها انها فى النار عدا واحدة وهى ماكان عليه هو صلى الله عليه وسلم واصحابه(٣) ، وقد بين الامام

---

(١) سورة الزخرف : ٣٢

(٢) سورة هود : ١١٨

(٣) روى الترمذى (٥ : ٢٥) كتاب الايمان ،باب ماجاء فى افتراق هذه الامة رقم الحديث (٢٦٤٠) عن ابى هريرة مرفوعا تفرقت اليهود على احدى وسبعين فرقة ، او اثنتين =

عبد القاهر بن طاهر البغدادى اوصاف هذه الفرقة الناجيـــــة فقال : والصحيح عندنا ان امة الاسلام تجمع المقرين :

(أ) بحدوث العالم .

(ب) وتوحيد صانعه وقدمه وصفاته وعدله وحكمته ونفى التشبيه عنه .

(جـ) وبنبوة محمد صلى الله عليه وسلم ورسالته الى الكافة وبتأبيـــد شريعته وبان كل ماجاء به حق .

(د) وبان القرآن منبع احكام الشريعة .

(هـ) وان الكعبة هى القبلة التى تجب الصلاة اليها .

ـ قال ـ : فكل من اقر بذلك كله ولم يشبه ببدعة تؤدى الـــى الكفر، فهو السني الموحد (١) . ا . هـ

= وسبعين فرقة ، والنصارى مثل ذلك ، وتفترق امتى على ثـــلاث وسبعين فرقة . ا . هـ ثم قال : حديث ابى هريرة حديـــث حسن صحيح . ا . هـ زاد فى رواية عن ابن عمر : وتفترق امتى على ثلاث وسبعين ملة ، كلهم فى النار الاملة واحدة ، قالـــوا ومن هى يارسول الله ؟ قال : ما انا عليه واصحابى . ا . هـ ثم قال : هذا حديث مفسر غريب . لا نعرفه مثل هذا الامن هـــذا الوجه . ا . هـ قلت : فى سنده عبد الرحمن بن زياد الافريقى وهو ضعيف ، ضعفه ابن معين والنسائى وقال احمد : نحـــن لا نروى عنه شيئا . ا . هـ انظر ديوان الضعفاء (ص ١٨٨) رقم ٢٤٤٥ .

(١) الفرق بين الفرق (ص ١٠) والترقيم زيادة من قبلى .

المطلب الثاني : في بيان متى دب الخلاف

كان الناس على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم مجتمعين ، لان اى خلاف اذا نشأ بينهم يهرعون به الى النبي صلى الله عليه وسلم فيقضي فيه بما اراه الله عز وجل فكانوا معه على الحق يدا واحدة .

حتى اذا توفاه الله عز وجل ، دب الخلاف بينهم :

(١) واول خلاف نشب بينهم هو ان بعضهم [١] انكر موت النبي صلى الله عليه وسلم وقال : انه لم يمت ، وانما رفعه الله اليه كما رفع عيسى ابن مريم [٢] . ثم زال هذا الخلاف لدى قراءة ابي بكر عليهم قول الله تعالى : (وما محمد الا رسول قد خلت من قبله الرسل افئن مات او قتل انقلبتم على اعقابكم) [٣] وقول الله تعالى : (انك ميت وانهم ميتون) [٤] .

(٢) ثم اختلفوا في موضع دفنه صلى الله عليه وسلم [٥] ، فقال بعضهم ندفنه في مكة ، لانها مولده ومبعثه وقبلته وبها قبر جده

---

(١) هو عمر بن الخطاب رضي الله عنه .

(٢) انظر تهذيب سيرة ابن هشام (ص ٣٤٢) قال : وانما ذهب الى ربه كما ذهب موسى ابن عمران . ا . هـ

(٣) سورة آل عمران : ١٤٤

(٤) سورة الزمر : ٣٠

(٥) ذكر بعض هذا الاختلاف في تهذيب سيرة ابن هشام (ص ٣٥٠) وانظر السيرة الحلبية (٣ : ٤٩٢) .

اسماعيل . وقال بعضهم : بل في المدينة لانها مهاجره ودار انصاره . وقال قوم : بل في بيت المقدس، لان فيه قبر جده ابراهيم الخليل عليه الصلاة والسلام.

ثم زال هذا الخلاف حين روى لهم ابو بكر قول النبي صلى الله عليه وسلم : ان الانبياء يدفنون حيث يقبضون[١] .

(٣) ثم اختلفوا في الامامة ، فدعت الانصار لبيعة سعد بن عبادة وقالت قريش : ان الامامة لا تكون الا في قريش، ثم اذعن الانصار لحديث : الائمة من قريش[٢] . لكن هذا الخلاف لم يزل ، لان الخوارج قالوا بجواز الامامة في غير قريش .

(٤) ثم اختلفوا في شأن توريث تركة النبي صلى الله عليه وسلم فروى ابو بكر عن النبي صلى الله عليه وسلم : انا معاشر الانبياء لا نورث

---

(١) رواه الترمذي (٣ : ٣٣٨) كتاب الجنائز، حديث رقم ١٠١٨ عن عائشة قالت : لما قبض رسول الله صلى الله عليه وسلم اختلفوا في دفنه ، فقال ابوبكر : سمعت من رسول الله صلى الله عليه وسلم شيئا مانسيته . قال : "ماقبض الله نبيا الا في الموضع الذي يجب ان يدفن فيه" ادفنوه في موضع فراشه . ا . هـ ثم قال : هذا حديث غريب ، وعبد الرحمن بن ابي بكر المليكي - من رجال السند - يضعف من قبل حفظه . وقد روى هذا الحديث من غير هذا الوجه فرواه ابن عباس عن ابي بكر الصديق عن النبي صلى الله عليه وسلم . ا . هـ

(٢) رواه الامام احمد في مسنده (٣ : ١٢٩) .

ماتركناه صدقة[1] .

(٥) ثم اختلفوا فى قتال مانعى الزكاة، ثم اتفقوا على رأى ابى بكر فى وجوب قتالهم .

(٦) ثم اختلفوا فى قتال المرتدين ، ثم اتفقوا على رأى ابى بكر وعزيمته على قتالهم[2] ، وكانوا كلهم اثناء ذلك على كلمة واحدة فى ابواب العدل والتوحيد والوعد والوعيد وسائر اصول الدين وان كانوا يختلفون فى بعض فروعه ، كتوريث الجد مع الاخوة وغيرها من مسائل الميراث .

(٧) ثم اختلفوا فى امر عثمان بن عفان رضى الله عنه ، لامور نقموها عليه فاقدم ظالموه على قتله[3] . ثم اختلف الناس فى شأن قاتليه وخاذليه اختلافا كبيرا تولد عنه الاختلاف فى شأن على بن ابى طالب واصحاب الجمل ، ومعاوية واهل صفين ، وفى حكم الحكمين ابى موسى وعمرو بن العاصى ، ولا زال هذا الاختلاف الى اليوم .

---

(١) انظر السيرة الحلبية(٣ : ٤٨٦) ، وتأويلات الرافضة لهذا الحديث فى الصفحة التى تليها منه . والحديث رواه البخارى فى كتاب الجهاد باب فرض الخمس ج ٤ ص ١٨٦ بلفظ : لانورث ما تركنا صدقة ، ورواه مسلم ج ٣ ص ١٣٧٩ كتاب الجهاد رقم ٥١ .

(٢) وكان على رأس المخالفين له عمر بن الخطاب، لكن ابا بكر ذكره بقول النبى صلى الله عليه و سلم: امرت ان اقاتل الناس حتى يشهدوا ان لا اله الا الله و ان محمدا رسول الله ويقيموا الصلاة ويؤتوا الزكاة، فاذا فعلوا عصموا منى دماءهم واموالهم الا بحقها وحسابهم على الله . ا.هـ رواه مسلم(١ : ٥٣) ، كتاب الايمان رقم ٣٦ ، وانظر رقم ٣٢ ايضا .

(٣) اشترك فى قتاله قتيرة ـ بالتصغير ـ وسواد بن حران و الغافقى =

(٨) ثم ظهر الاختلاف فى القدر والاستطاعة فنفاها معبد الجهنى وغيلان الدمشقى والجعد بن درهم، فتبرأ منهم المتأخرون من الصحابة كابن عمر وابن عباس وابى هريرة وانس وغيرهم، فلم يسلموا عليهم ولم يعودوهم فى مرضهم ولم يصلوا على جنائزهم وكذا اتباعهم .

ثم تشعبت الخوارج الى عشرين فرقة كل واحدة منها تكفر الاخرى ، ثم ظهر المعتزلة، وهم القائلون بالمنزلة بين المنزلتين اعنى انهم لا يحكمون بكفر مرتكب الكبيرة، كالخوارج ، ولا يحكمون بايمانه كالمرجئة، بل هو عندهم فى منزلة بين الايمان والكفر .

وهكذا جعلت الفرق تظهر الواحدة تلو الاخرى ، كلما خالف قوم غيرهم فى رأى انفصلوا عنهم، واصبحوا فرقة مستقلة، وقد استقصاها عبد القاهر بن طاهر البغدادى فى كتابه الذى خصه لبيان هذه الفرق، والافصاح عن الفرقة الناجية منها(١) .

وكما اختلفوا فى الاصول وتشعبت بهم المذاهب فيها ، فقد اختلفوا فى الفروع ايضا ، وكانت لهم فيها مذاهب وآراء مختلفة واحوال متنوعة مرت بمراحل ثلاث :

= بعدان تراجع عنه محمد بن ابى بكر، انظر الكامل لابن الاثير (٣ : ١٧٨) .

(١) انظر مجمل ماذكرناه فى الفرق بين الفرق (ص١٢) ومايليها .

المطلب الثالث : في بيان مراحل الخلاف الفقهي

المرحلة الاولى :

لما توفي النبي صلى الله عليه وسلم ولحق بالرفيق الاعلى خلف وراءه كتاب الله تعالى ، وسنته صلى الله عليه وسلم المشتملة على الاقوال والافعال والتقريرات ، وقد كانت حياته بين اصحابه معروفة لديهم اذ كانوا يرونه ويسمعونه ، وكانوا يحرصون على تلقي كل ذلك عنه ، حتى ان بعضهم كان يتفق مع غيره للحضور عند النبي صلى الله عليه وسلم في الوقت الذي ينشغل صاحبه فيه بعمله المعاشي فاذا التقيا سأل كل منهما صاحبه عما سمعه من رسول الله صلى الله عليه وسلم في نوبته ، اي وقت غيابه هو عنه .

روى البخاري عن عمر قال : كنت انا وجار لي من الانصار في بني امية بن زيد ، وهي من عوالي المدينة ، وكنا نتناوب النزول على رسول الله صلى الله عليه وسلم ينزل يوما وانزل يوما ، فاذا نزلت جئته بخبر ذلك اليوم من الوحي وغيره ، واذا نزل فعل مثل ذلك .... الحديث (١) .

ومع ذلك قد تفوته بعض الاحداث والاقوال لا يشهدها او لا يسمعها كما تفوت آخرين غيره ، الا ان في الامة من سمعها منه

---

(١) رواه البخاري (١ : ٢/٢) كتاب العلم ، باب التناوب في العلم .

صلى الله عليه وسلم قطعا[1] .

ولما فتحت الفتوح فى عهد عمر بن الخطاب رضى الله عنه واتسعت رقعة البلاد الاسلامية ، واستوطن الكثير من الصحابة اماكن مختلفة من البلاد المفتوحة ، وكان الناس يلتفون حولهم ليأخذوا عنهم - وهم تلاميذ النبى صلى الله عليه وسلم - شرع الله ، ويستفتونهم فى الواقعات ، كان احدهم ينظر فيما يعلم من كتاب الله تعالى اوسنة رسوله صلى الله عليه وسلم ، فان وجد الحكم فيها فذاك ، والا اجتهد رأيه فى تلك الحادثة ، فربما قضى فى حادثة لم يقف هو على حديث رسول الله فيها ، بسبب كونه لم يكن حاضرا وقت صدور هذا الحديث منه صلى الله عليه وسلم ، ولم يسمع غيره من الصحابة ممن حضر الحادثة او الحديث[2] .

ثم قد تقع الحادثة مرة اخرى فى مكان آخر فيسأل عنها الناس صحابيا آخر ، فربما حكم فيها بغير ما حكم به الاول ، لوقوفه فيها على

---

(١) والا لضاع على الامة بعض دينها ، وقد امتن الله عليها باكمال دينها بقوله : (اليوم اكملت لكم دينكم واتممت عليكم نعمتى ورضيت لكم الاسلام دينا) وقال تعالى : (انا نحن نزلنا الذكر وانا له لحافظون) والسنة ثانى مصادر الدين فاقتضى ذلك حفظها مع حفظ القرآن ، فصح انها كلها منقولة الينا لم يفت على مجموع الامة منها شىء البتة ، علمه من علمه وجهله من جهله .

(٢) انظر ضحى الاسلام (٢ : ١٥٧) ، تاريخ التشريع للخضرى (ص ١٢٦) المدخل لدراسة الشريعة (ص ١٢٨) والتى تليها .

حديث لرسول الله صلى الله عليه وسلم، فيؤدى ذلك الى وجود رأيين فى هذه المسألة .

ولما كان لكل صحابى تلاميذ واصحاب يأخذون عنه ويحرصون على حفظ اقواله والاحتفاظ بفتاواه ، كان بعضهم يدون مايسمعه منه لينتفع به هو وغيره ممن يأتى من بعده .

وكان الناس فى هذه المرحلة يسألون من شاءوا من اهل العلم من الصحابة و التابعين ، ويعملون برأيه فيما يجيب به ، دون التقيد بكل اقواله في جميع المسائل[١] .

المرحلة الثانية :

ولما كثر تدوين اقوال الصحابة و التابعين ، وكان من مات منهم لايخلفه غيره فى العلم والمعرفة باسرار الشرع واحكامه ، لبعد الزمن عن عهد النبوة ، شعر الناس بضرورة حصر ماصدر عن الصدر الاول من اقوال وافعال و تسجيلها لمن يأتى بعدهم ليقفوا بها على الاحكام وكيفية الاستنباط منها فى الحوادث الجديدة ، التى لم تكن قد وقع مثلها فى عهد النبى صلى الله عليه وسلم و اصحابه[٢] .

---

(١) انظر ضحى الاسلام (٢ : ١٥٧) والتى تليها مقدمة ابن خلدون (ص٣٦٢) ، وانظر دائرة القرن العشرين (٣ : ٧٦٩) ، المدخل لدراسة الشريعة الاسلامية (ص١١٨) .

(٢) انظر ضحى الاسلام (٢ : ١٦٠) .

المرحلة الثالثة :

جعل الناس يحتفظون بهذه الاقوال لهؤلاء العلماء من صحابة وتابعين و من بعدهم ، ويعرضون عليها مايعترضهم من حوادث يستفتون فيها ، ولا يرجعون فيها الى الاصول التى كان يرجع اليها الصحابى او التابعى ، اعنى عرضها على الكتاب اولا ، فان لم يجد المجتهد فيه حكم تلك القضية ، عرضها على السنة ، فان لم يجد فيها الحكم ، اجتهد رأيه فيها ، وقاسها على مايشبهها من الاحكام المنصوص عليها فيها . فابتعد الناس بذلك شيئا فشيئا عن المعين الذى لاينضب ولا يضل من رجع اليه عند كل اختلاف ، اعنى الكتاب و السنة . فتولد من ذلك ان اصبح لكل عالم من الصحابة والتابعين ومن بعدهم مدرسة خاصة تهتم بجمع آرائه ووضع اصول لهذه الاراء التى حكم بها فى حوادث مختلفة بحسب ماوقف عليه من سنة النبى صلى الله عليه وسلم ، وربما كان قد فاته الكثير منها ، ثم جعلت اصول اقواله هذه دستورا عند اتباعه يعرضون عليها الحوادث ويستمدون منها الاحكام ، فقصروا بذلك نظرهم على نافذة واحدة من نوافذ معرفة سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم دون غيرها ، اذ ربما يكون قد اطلع عليها غيره من الصحابة ممن لازموا رسول الله صلى الله عليه وسلم اكثر منه ، او سمعوا منه مالم يسمعه .

وقد ادى ذلك الى حدوث ظاهرة جديدة فى المجتمع الاسلامى اوصلته فى النهاية الى نوع من الفرقة والتمزق ، بفعل التعصب الاعمى المصحوب بعاطفة دينية لم تتشبع بالهدى النبوى وروح الدين الداعية الى الالفة والمحبة ، وتلمس العذر للمخالف ما امكن .

المطلب الرابع : نشأة المدارس الفقهية

بدأ خط التقليد ينمو ويتغلغل في القلوب، بعد ان اصبح العلم هو اقوال مجموعة من المجتهدين ، ينظر فيها الاتباع ويبحثون لها عن الادلة ويتلمسون لها الحجج والبراهين ، حتى كاد يكون عمل اهل العلم مقصورا على جمع اقوال الصحابة الذين نزلوا هذا البلد او ذاك، وكذا اقوال التابعين فيه، ودونوها فى كتب ومصنفات .

فكان من نتيجة ذلك، ان برز اتجاهان رئيسيان ،يشكل كل منهما مدرسة علمية مستقلة :

المدرسة الاولى : مدرسة اهل الكوفة .

ويمثل هذه المدرسة اهل العراق ، حيث قام اهل العلم هناك بجمع اقوال على بن ابى طالب وعبد الله بن مسعود وتلاميذهما الشعبى وشريح ثم علقمة و ابراهيم النخعى وغيرهم، فانتهى علم هؤلاء الى ابى حنيفة فكان اذا سئل عن مسألة نظر فى كتاب الله فان لم يجد لها حكما ، نظر فى اقوال النبى صلى الله عليه وسلم فاذا صح عنده منها شىء افتى به، وقلما يصح عنده حديث لانه كان يرى ان من الصعوبة بمكان اثبات نسبة حديث الى النبى صلى الله عليه وسلم لما قد يعتريه من انعدام الضبط او الصدق فى الوسائط التى يأتى الحديث عن طريقها ، فجعل يتهيب رواية الحديث خشية ان ينسب الى النبى صلى الله عليه وسلم شيئا لم يقله ، ويلزم الناس به

عند الافتاء[1] .

ولذلك فقد كان ابراهيم النخعي وهو من مدرسة اهل الكوفة يقول : اقول قال عبد الله ابن مسعود ، وقال علقمة احب الينا . . اى من نسبة قول الى النبى صلى الله عليه وسلم لا ندرى صحته[2] . ا . هـ

من اجل ذلك قل الحديث فى اهل الكوفة ، فعولوا على القياس فى الافتاء فراحوا يستنبطون العلل من الاحكام و يلحقون بها ماشابهها من الحوادث و المستجدات ، بل زادوا على ذلك ان افترضوا الحوادث وان لم تحدث واوجدوا لها حكما وان لم يسألوا عنه[3] فعظم لذلك فقههم ، والذى حملهم على ذلك ، ان العراق فى الجملة كان موطن حضارة ومجمع امم مختلفة الالسن والعادات و التقاليد والاديان ، على خلاف حال المدينة والحجاز حيث تقل فيها الحوادث المتجددة لعدم اختلاطها بالحضارات المختلفة ، فكانت الحياة فيها شبه معتادة فقل احتياجها للقياس لذلك .

المدرسة الثانية : مدرسة اهل الحجاز .

وفى مقابل ذلك جمع اهل الحجاز: المدينة ومكة ، احاديث الصحابة الذين كانوا يعيشون فى المدينة وقد كانوا كثيرين ، وكذا

---

(١) انظر ضحى الاسلام (٢ : ١٦٠) والتى تليها ، حجة الله البالغة (١ : ١٥١) .

(٢) ضحى الاسلام (٢ : ١٦٠) .

(٣) كما لو قال رجل لامرأته : انت طالق نصف تطليقة او ربع تطليقة او انت طالق واحدة بعد واحدة ، حتى لكأن الامر اصبح كما قال احمد امين ، مرانا عقليا كمسائل الحساب والجبر والهندسة انظر ضحى الاسلام (٢ : ١٦١) .

كان فيها الكثير ممن تحمل الحديث و بثه في الناس هناك وكان من علماء الحجاز الذين اخذ الناس عنهم : عمر وعثمان و عبد الله بن عمر وعائشة وابن عباس وزيد بن ثابت وغيرهم، ثم من بعدهم تلاميذهم الذين اخذوا عنهم كسعيد بن المسيب وسالم بن عبد الله بن عمر ومن بعدهما : الزهري و يحيى بن سعيد وربيعة الرأى ، وانتهى علم هؤلاء الى الامام مالك بن انس [١] .

فكان اهل الحجاز اذا سألهم سائل عن مسألة، رجعوا الى الكتاب فان لم يجدوا حكمها فيه ، فالى السنة، فان تضاربت الاحاديث في حكمها ، رجحوا احدهما على غيره بالراوى ، من حيث علمه وصدقه . فان لم يجدوا في السنة فالي اقوال الصحابة و التابعين فان تضاربت اقوالهم فاضلوا بين اقوالهم ، وقدموا اقوال ائمة المدينة لانهم ورثوا العلم عمن ورثه عن الصحابة ، وهم الذين نزل فيهم الحكم والعهد بهم قريب . فان لم يجدوا رجعوا الى اصول الكتاب والسنة يستنبطون الحكم من اشارتهما ومقتضياتهما لعلهم يجدون شبيهها لما سئلوا عنه [٢] .

والمذهب الشافعي يجمع بين هاتين المدرستين ، فان الشافعي لما رأى كثرة استخدام اهل الكوفة للرأى مع قلة الاعتماد على الحديث، ورأى اهل الحجاز يستخدمون الحديث ولا يكادون يجتهدون

---

(١) انظر ضحى الاسلام (٢ : ١٥٩) ،والتي تليها . حجة الله البالغة(١ : ١٤٣) .

(٢) انظر ضحى الاسلام(٢ : ١٦٠) .

فى القياس واعمال الرأى رغم طروء حوادث مستجدة تفتقر الى معرفة الحكم فيها ، اخذ الفقه من الرأى ، كماقال ولى الله دهلوى : فاسس الاصول وفرع الفروع وصنف الكتب فاجاد وافاد واجتمع عليه الفقهاء وتصرفوا اختصارا وشرحا واستدلالا وتخريجا ، ثم تفرقوا فى البلدان فكان هذا مذهب الشافعى[1] . ا . هـ

واما المذهب الحنبلى ، فالى مدرسة الحجاز والحديث اقرب فقد قال الامام احمد بن حنبل فى القياس : انه بمنزلة الميتة اى فلا يلجأ اليه الا عند الضرورة و انعدام النص .

---

(١) حجة الله البالغة (١ : ١٤٧) .

المطلب الخامس : بدء ظهور التعصب المذهبي

وقد اشتد النزاع وعظم الخلاف بين مدرسة الحديث التي يمثلها اهل الحجاز، ومدرسة الرأى التي يمثلها اهل الكوفة، وتعصب كل فريق الى مدرسته، حتى روى عن ابى حنيفة انه قال لمناظره يوما: ابراهيم - هو النخعي الكوفي - افقه من سالم - هو مولى ابى حذيفة المدني - ولولا فضل الصحبة - لسالم - لقلت علقمة - الكوفي - افضل من ابن عمر - المدني -. (١) ا.هـ

وقال الشعبي - وهو من اهل الحديث - : ماحدثوك هؤلاء - يعني اهل الرأى - عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فخذ به وماقالوه برأيهم فالقه في الحش. (٢) ا.هـ يريد ماكان من رأيهم معارضا للكتاب والسنة .

ولم ينشب ان انتشر التعصب فى الاتباع ايضا، كل يرمى الى نصرة مذهبه وابطال مذهب الخصم، ولما كانت مدرسة الحديث لاتدخل القياس فى بحثها عن الحكم، بخلاف الحنفية والشافعية اصبح لها سبيل مستقل تسير عليه في الافتاء، فليس للحنفية ولا للشافعية ان يواجهوهم لان اصولهم مختلفة، وقد كان المالكية

---

(١) ضحى الاسلام (٢ : ١٥٩)، حجة الله البالغة (١ : ١٥٢).
(٢) اى فى الكنيف، وهو مكان قضاء الحاجة . انظر حجة الله البالغة (١ : ١٤٨).

والحنابلة ينتهجون منهج اهل الحديث هذا ، بخلاف الشافعية والحنفية ، فانهم يعتمدون العمل بالقياس ويكثرون من استعماله في احكامهم ، ولكنهم يختلفون عند التطبيق فما يراه احدهما قياسا صحيحا ، يراه الاخر خطأ ، وقد الف كل من الطرفين كتبا كثيرة في اثبات صحة ماذهب اليه امامه و بطلان مذهب الخصم ، فعقدت بينهما المناظرات ، وشيدت لكل فريق مدارس خاصة به ، لتلقين الاتباع اقوال المذهب وحججه ، وطرق افساد المذهب الاخر ، وان عنوانا تقرره لكتاب مؤلف لنصرة احد المذهبين على الاخر ، ليدلك على ما اسلفته. من ذلك : كتاب النكت الظريفة في ترجيح مذهب ابي حنيفة ، للشيخ اكمل الدين محمد بن محمود الحنفي المتوفى سنة ٧٨٦هـ . وقد قال في مقدمته : اشار لي بعض الناس ان اكتب رسالة تقوي ضعف اعتقاد الحنفية في مذهب امامهم ، . . . . الخ (١) . وهو مختصر .

كما تجد كتابا يحمل عنوانا مماثلا لذلك ، وهو كتاب : مغيث الخلق في اختيار الاحق ، للامام ابي المعالي عبد الملك بن عبد الله الجويني الشافعي الملقب بامام الحرمين ، المتوفى سنة ٤٧٨ هـ ، قال حاجي خليفة : صنفه لترجيح مذهب الشافعي على غيره (٢) . ا . هـ وهو كتاب مختصر ايضا .

---

(١) انظر الكشف (٢ : ١٩٧٧) .

(٢) الكشف (٢ : ١٧٥٤) .

وسيأتي في مبحث مؤلفات الخلاف ، اسماء الكثير من هذه الكتب التي تهدف الى هذا المعنى ، وستجد ان اكثرها قد الفها علماء شافعيون وآخرون حنفيون ، وليس للمالكية والحنابلة منها الا اليسير واليك بيان سبب ذلك :

المطلب السادس : في تعليل انتشار علم الخلاف بين الشافعية والحنفية دونه بين المالكية والحنابلة

اما الامام مالك: فيرجع تساهل علماء الخلاف معه رحمه الله الى ان اكثر اتباع مذهبه مغاربة، وهم من اهل البادية،[1] لم تضطرهم حياتهم الى البحث عن العلل في الاحكام المنصوص عليها لاستنباط احكام لحوادث متجددة لم تكن فيمن قبلهم، شأنهم في ذلك شأن اهل المدينة و الحجاز على ماذكرنا، فلذلك لم يصنفوا فيه كتبا الا ماكان من المتأخرين منهم، فان الحضارة في ايامهم كانت قد بلغت اوجها، فاشتدت الحاجة الى انتهاج خط التعليل والقياس اقتداء باهل الكوفة، فكان لبعض علمائهم في علم الخلاف تآليف سيأتي بيان اسماء كتبهم في ثبت مؤلفات الخلاف ان شاء الله تعالى فمن هؤلاء العلماء :

(١) عبد الله بن ابراهيم بن محمد الاصيلي، المتوفى سنة ٣٩٢ هـ
انظر رقم (٧٩) في مؤلفات الخلاف .

(٢) ابو محمد علي بن احمد بن سعد بن حزم المتوفى سنة ٤٥٦ هـ
انظر رقم (٤٥)، (٦٨)، (١١٥)، (١٣٦) .

(٣) ابو عمر يوسف بن عبد الله بن عبد البر النمري القرطبي المتوفى سنة ٤٦٣ هـ، انظر رقم (٢٤)، (٣٨)، (٣٩) .

---

(١) انظر مقدمة ابن خلدون (ص٣٦٢)، الاتحاف (٢ : ٢٨١) .

(٤) ابو الوليد سليمان بن خلف الباجى ، المتوفى سنة ٤٩٤هـ .
انظر رقم (١٢٠) .

(٥) ابو بكر بن المغربى ، المتوفى سنة ٥٤٣هـ . انظر رقم
(٤٢) ، (٦٤) .

(٦) محمد بن احمد بن محمد بن احمد بن رشد ، ابو الوليد
القرطبى المتوفى سنة ٥٩٥هـ . انظر رقم (٤٩) .

(٧) محيى الدين بن عربى الصوفى . محمد بن على . المتوفى سنة
٦٣٨هـ . انظر رقم(١١٥ /ب) .

(٨) ابو عبد الله محمد بن فرح اللخمى الاشبيلى ، المتوفى سنة
٦٩٩هـ . انظر رقم (١١٧) .

(٩) على بن عمر المالكى ، المتوفى سنة ٧٣٠هـ. انظر رقم(٩٥) .

(١٠) ابو حيان محمد بن محمد بن يوسف الاندلسى ، المتوفى
سنة ٧٤٥هـ . انظر رقم (١١٥ /أ) .

واما الحنابلة، فلم تكن آراؤهم مما يحظى باهتمام مؤلفى علم الخلاف بمثل اهتمامهم باقوال الحنفية و الشافعية ، لقلة تقليدهم بالنسبة الى الاولين ، فلما كثروا وانتشر مذهبهم ، واقترب العديد من علمائهم من السلطان ، انصرفت هم علمائهم للكتابة فى الخلاف وتبيان اصول المذهب ومقارنته بمذاهب غيرهم ، فممن الف فى الخلاف من الحنابلة :

(١) عبد الله بن الحسين العكبرى الحنبلى النحوى المتوفى سنة
٥٣٨هـ . انظر رقم (٥٦) من مؤلفات علم الخلاف .

(٢) عون الدين يحيى بن هبيرة بن محمد بن هبيرة الشيباني الحنبلي الوزير، المتوفى سنة ٥٦٠هـ . انظر رقم (١) ، (٢) ، (١٣) ، (٢٧) ، (٣٤) ، (٤٦) .

(٣) محمد بن محمد بن محمد بن الحسن بن محمد بن خلف بن الفراء ، ابو يعلى الحنبلي المتوفى سنة ٥٦٠هـ. انظر رقم (٥٥) .

(٤) عبد الرحمن بن علي بن الجوزي الحنبلي ابو الفرج ، المتوفى سنة ٥٩١هـ . انظر رقم (٤١) .

(٥) موفق الدين عبد الله بن احمد بن محمد بن قدامة المقدسي الحنبلي ، المتوفى سنة ٦٢٠هـ . انظر رقم (١٣٠) .

(٦) يوسف بن قرا علي بن عبد الله سبط ابن الجوزي ، المتوفى سنة ٦٥٦هـ . انظر رقم (١٤٤) .

واما الشافعية والحنفية فهما المذهبان اللذان حظيا بكثرة التآليف في الخلاف بينهما لامور منها :

(١) اعتمادهما المبكر على التعليل والقياس لانتشارهما في بلدان تكثر فيها الحوادث والمستجدات[1] ، فان نصوص الشرع لما كانت متناهية ، والحوادث غير متناهية ، اقتضى ذلك البحث في علل الاحكام ليقاس عليها مالم ينص عليه من الحوادث ، ليتم به استيعاب كل جديد في كل مكان ، كما في العراق ومصر واليمن

---

(١) انظر مقدمة ابن خلدون (ص٣٦٢) ، دائرة القرن العشرين (٣ : ٧٦٩) .

فقد كانت هذه البلدان محط انظار الامم، ومحل تجمعها واختلاطها، فكانت - كما قلنا - ترد ها حاملة معها عاداتها وتقاليد ها، فينشأ من اختلاطهم مع اهل البلاد ومع بعضهم البعض امور ومعاملات لم تكن موجودة قبل ذلك .

(٢) تقلد بعض فقهاء هذين المذهبين القضاء والولايات[1]، مماحمل كثيرا من الناس على الاضطلاع فى هذين المذهبين، ليكون لهم الحظوة عند المتنفذين والمقربين لدى السلطان، فتحول العلم بعد ان كان يطلب لذاته او لله، الى ان اصبح اداة للتوصل به الى المال والجاه والسلطان .

وبيان ذلك : ان الخلفاء فى القرون الاولى كانوا على جانب عظيم من العلم، بل كان كثير منهم فى رتبة المجتهدين، ثم لما قل العلم فيمن بعدهم، راحوا يسدون هذا النقص بتقريب العلماء اليهم فاذا وقعت واقعة ولم يجدوا لها حكما سألوا من احاطبهم من العلماء .

ولما كان الخلفاء بعد هؤلاء اضعف من الذين قبلهم قلدوا احد الائمة المجتهدين دينهم، وكان لهذين المذهبين: الشافعى والحنفى اوفر نصيب لديهم، فنشأعن ذلك ان قربوا اليهم من على شاكلتهم من علماء هذين المذهبين، فراح الناس ليحظوا بحب المقربين وعطفهم يدرسون هذا المذهب او ذاك، فاتسعت دائرة

---

(١) انظر حجة الله البالغة (١ : ١٥٣) ، تاريخ التشريع للخضرى (ص ٣٢٧) .

هذين المذهبين على حساب المذاهب الاخرى[1] .

فقد وسد هارون الرشيد الى ابى يوسف صاحب ابى حنيفة القضاء ، فطبق على الناس مذهب امامه ، وان خالفه فى بعض منه ، لكنه لم يخرج عن كونه حنفيا ، وكذلك اولى بعض الوظائف الاخرى كالحسبة وغيرها لمن يقلدون هذا المذهب ، فانتشر المذهب الحنفى فى الناس وقوى نفوذه .

بل ان الخلافة العثمانية قد تلقدت هذا المذهب مايقرب من ستمائة عام .

كما ان السلطان محمود بن سبكتكين ونظام الملك وصلاح الدين الايوبى قد كانوا شافعيين ، فانتشر وقوى بهم المذهب الشافعى اذ اقاموا المدارس و المعاهد التى تدرس هذا المذهب ونصبوا القضاة والمدرسين ورجال الحسبة و غير ذلك ، من رجال هذا المذهب.

ومثل ذلك قل فى المذهب المالكى عندما كثر رجاله فى المغرب وعظم شأنه حتى تبنته السلطة هناك ، فانتشر وساد على غيره من المذاهب ، وحينئذ ظهر فيهم علم الخلاف و عظم اهتمامهم به وثار التنافس فيه بينهم و بين الظاهرية والشيعة ، قال احمد امين: حتى حكى بعضهم انهم كانوا كثيرا مايتجادلون فى مجلس العزاء[2] . ا . هـ

---

(١) انظر هذا المعنى فى اتحاف المتقين (١ : ٢٧٩) ومابعدها وانظر الاحياء بالهامش .

(٢) ظهر الاسلام (٣ : ٦٨) .

(٣) وجود تلاميذ وانصار اقوياء لهذين المذهبين ، ذوو اقـلام سيالة وقدرة كبيرة على التأليف، فقعدوا قواعدها وحرروا مسائلهما ونشروا ذلك فى الناس .

ويبين ذلك قول الشافعى رحمه الله : كان الليث افقه من مالك ،الا ان اصحابه لم يقوموا به [(١)] . ا . هـ ومعنى عدم قيامهم به انهم لم يعنوا بتدوين آرائه وبثها فى الجمهور، كما قاموا هم انفسهم بتدوين آراء مالك .

ومثل ذلك يقال فى مذهب الاوزاعى وسفيان الثورى وداود بن على الظاهرى ومحمد بن جرير الطبرى وغيرهم من الائمة المجتهدين الذين بلغوا ـ كما قيل ـ اكثر من خمسمائة مجتهد فى القرون الثلاثة الاولى [(٢)] . ولم يبدأ ظهور التعصب للمذاهب الا بعد مائة وخمسين سنة من الهجرة ، ثم اشتد وعظم فى القرن الرابع [(٣)] .

وهكذا انتشر علم الخلاف والمناظرة فيه بين هذين المذهبين حتى كانوا كما قال احمد امين :يتناظرون فى المساجد وفى حلقات الدرس، وفى المنازل ،وحين اجتماعهم للحج ،ويرحلون فيتناظرون ويلتقون اتفاقا فيتجادلون ، وملئت الكتب بهذه المناظرات والمجادلات [(٤)] . ا . هـ

---

(١) تاريخ التشريع للخضرى (ص٣٢٩) .

(٢) قاله احمد امين فى ظهر الاسلام (٢ : ٦) .

(٣) الاحكام لابن حزم(٢ : ١١١٦) والتى تليها .

(٤) ضحى الاسلام (٢ : ١٦٨) .

المطلب السابع : مظاهر الخلاف في القرن الرابع

كان القرن الرابع ـ وهو عصر الشيخ ابى اسحاق ـ يمتاز عما سبقه من القرون ، بانتشار التعصب فيه للمذاهب المختلفة، سواء بين مذاهب اهل السنة انفسهم، حتى افتى بعضهم بحرمة الانتقال من مذهب من المذاهب الاربعة، الى مذهب آخر منها ، حتى لكأنه فى نظرهم، انتقال من دين الى دين[1]، او بين اهل السنة والشيعة الذين ظهر مذهبهم واشتد فى المغرب و مصر والشام، فحاربوا المذاهب السنية فى قسوة وجبروت، وعملوا على فرض المذهب الشيعى على الناس بالقوة، كما قال احمد امين[2] .

وقد وصل بهم الامر الى ان عاقبوا بالقتل رجلا رأوا عنده كتاب الموطأ للامام مالك، ويحكى القاضى عياض صورة اخرى عن اسراف الفاطميين فى فرض المذهب الشيعى وقتل من يرفضه، فيذكر فى ترجمة ابى بكر بن هذيل و ابى اسحاق بن البرذون فى "المدارك" كيف سجنا وربطا فى اذناب الدواب حتى ماتا لعدم افتائهما بمذهب اهل البيت[3] .

واستمر الحال على ذلك ردحا من الزمن ، من سنة اربع وثلاثين

---

(١) انظر خلافهم فى ذلك فى المجموع(١ : ٩٥) .

(٢) انظر ظهر الاسلام(٢ : ٥٦) فى بيان مظاهر هذا القرن .

(٣) نفس المصدر .

وثلاث مائة، الى سنة سبع و اربعين و اربعمائة، اى مايعادل ثلاث عشرة و مائة سنة، كان باستطاعة البويهيين وهم السلاطين فى بغداد - اى بمثابة رؤساء وزارات في الوقت الحاضر - القضاء على الخلافة العباسية خلال تلك الفترة، الا انهم آثروا الا بقاء عليها كمؤسسة يستمدون من شرعيتها نفوذهم مع المحاولة الدائبة لاضعاف سلطتها وذلك عن طريق السعى الى نشر التشيع الامامى المناهض للخلافة العباسية السنية[1].

وكان من ابرز من تولى مواجهة نفوذ البويهيين الشيعة السلطان محمود بن سبكتكين والسلطان نظام الملك، والسلطان ابن المسلمة، بالاضافة الى السلاجقة الاتراك الذين اشتدت شوكتهم وعلى رأسهم السلطان طغرلبك، الذى تمكن من القضاء التام على الشيعة البويهيين بدخوله بغداد فى رمضان سنة سبع واربعين و اربعمائة وفر الوزير البساسيرى الذى كان وزيرا لاخر سلاطين البويهيين المسمى بالملك الرحيم، الى الدولة الفاطمية بمصر، التى قضى عليها السلطان صلاح الدين الايوبى[2].

---

(١) انظر مقدمة الوصول الى علم الاصول (ص١١) ، وانظرتاريخ التشريع للخضرى (ص١٧٣) .

(٢) انظر مقدمة الوصول (ص١٢ ، ١٣ ، ١٤) ، وانظر تاريخ التشريع للخضرى (ص٣٢٠) و التى تليها .

الفصل الثالث

مجالات الخلاف

ويتكون من مطلبين

المطلب الأول

ما لا يجوز الخلاف فيه

المطلب الثاني

ما يجوز الخلاف فيه

المطلب الاول : مالا يجوز الخلاف فيه

للخلاف مجالات لا يجوز وقوعه فيها ، واخرى يجوز، لعظيم مايترتب عليه من الخطر في الاولى ، دونه في الثانية .

فالذي لا يجوز الخلاف فيه اصلا ، ولم يقع بين الامة الاسلامية :

(أ) اركان الاسلام الخمسة، وهي : الشهادتان ، والصلاة والزكاة، والحج والصيام، التي وردت في حديث ابن عمر مرفوعا : بني الاسلام على خمس : شهادة ان لا اله الا الله وان محمدا عبده ورسوله ، واقام الصلاة وايتاء الزكاة وحج البيت وصوم رمضان[1] . ا.هـ وعلى الايمان بهذه الاركان امر الله نبيه صلى الله عليه وسلم ان يقاتل الناس، روى ابن عمر ايضا عن النبي صلى الله عليه وسلم قوله : امرت ان اقاتل الناس حتى يشهدوا ان لا اله الا الله وان محمدا رسول الله ويقيموا الصلاة ، ويؤتوا الزكاة،فاذا فعلوا عصموا مني دماءهم واموالهم الا بحقها ، وحسابهم على الله[2] . ا.هـ

---

(١) رواه مسلم(١ : ٤٥) كتاب الايمان ،باب بيان اركان الاسلام ودعائمه العظام . رقم الحديث (٢١) .

(٢) رواه مسلم(١ : ٥٣) كتاب الايمان ،باب الامر بقتال الناس حتى يقولوا لا اله الا الله محمد رسول الله ، ويقيموا الصلاة ويؤتوا الزكاة ويؤمنوا بجميع ماجاء به النبي صلى الله عليه وسلم . رقم الحديث (٣٦) .

ولذلك فقد حارب ابو بكر رضي الله عنه المرتدين و الذين شهدوا لمسيلمة الكذاب والاسود العنسي وسجاح التغلبية وغيرهم بالرسالة، وقاتل مانعي الزكاة ايضا لان ذلك خروج عن اصول الدين و اركان الاسلام .

(ب) اركان الايمان الستة، وهي : الايمان بالله و ملائكته و كتبه ورسله واليوم الاخر والقدر خيره وشره ، لقوله تعالى : (و من يكفر بالله وملائكته وكتبه و رسله واليوم الاخر فقد ضل ضلالا بعيدا)[1] . وفي القدر ووجوب الايمان به روى مسلم عن يحيى ابن يعمر قال : كان اول من قال في القدر - اى في نفيه من تسمية الشيء بضده - بالبصرة معبد الجهني ، فانطلقت انا وحميد بن عبد الرحمن الحميرى حاجين ومعتمرين ، فقلنا لو لقينا احدا من اصحاب رسول الله صلى الله عليه و سلم فسألناه عما يقول هؤلاء في القدر ، فوفق لنا - بالبناء للمجهول اى صادفنا - عبد الله بن عمر بن الخطاب داخلا المسجد فاكتنفته انا وصاحبي ، احدنا عن يمينه والاخر عن شماله فظننت ان صاحبي سيكل الكلام الي ، فقلت : ابا عبد الرحمن انه قد ظهر قبلنا ناس يقرأون القرآن ، ويتقفرون[2] العلم ، وذكر

---

(١) سورة النساء : ١٣٦

(٢) اى يطلبونه ويتتبعونه .

من شأنهم[١]، وانهم يزعمون ان لاقدر وان الامر انف[٢]، قال - عبد الله بن عمر - : فاذا لقيت اولئك فاخبرهم اني برئ منهم، وانهم براء مني والذي يحلف به عبد الله بن عمر - اي والله - لو ان لاحدهم مثل احد - جبل بالمدينة - ذهبا فانفقه، ماقبل الله منه، حتى يؤمن بالقدر . ثم قال حدثني ابي عمر بن الخطاب - وساق حديث جبريل وانه سأل محمدا صلى الله عليه وسلم عن الاسلام فاجابه بالاركان الخمسة، ثم سأله عن الايمان فقال : ان تؤمن بالله وملائكته وكتبه ورسله واليوم الاخر، وتؤمن بالقدر خيره وشره . . . الحديث[٣] .

فهذه الجملة من الدين[٤]، لايحل الخلاف فيها بين المسلمين اصلا[٥]، ولايحل تأويلها على خلاف مافسرها به محمد صلى الله عليه وسلم، كما فعلت الباطنية وغيرها، لانه كفر بالملة وخروج عن سبيل المؤمنين، فمن تأويلاتهم[٦] :

---

(١) اى امورا عديدة تدل على فضلهم .

(٢) اى مستأنف لم يسبق به قدر ولاعلم من الله، وانما يعلمه الله بعد وقوعه .

(٣) رواه مسلم (١ : ٣٦) كتاب الايمان، باب بيان الايمان والاسلام والاحسان ووجوب الايمان باثبات قدر الله سبحانه وتعالى رقم الحديث (١) .

(٤) اعني ماذكرته من اركان الاسلام والايمان .

(٥) اى في جملتها، وان كانوا قد اختلفوا في تفاصيلها .

(٦) ذكرها الامام عبد القاهر البغدادي في : الفرق بين الفرق (ص ٢٨٠) .

(١) ان الملائكة هم دعاة الباطنية .

(٢) ان الشياطين هم مخالفوا الباطنية وكذا الابالسة .

(٣) ان الانبياء احبوا الزعامة فدعوا الناس بالحيل والنواميس طلبا للزعامة .

(٤) ان الصلاة موالاة امامهم .

(٥) ان الحج زيارة امامهم و ادمان خدمته .

(٦) ان الصوم الامساك عن افشاء سر امامهم، دون الامساك عن الطعام .

(٧) ان الزنى هو افشاء سرهم بغير عهد وميثاق .

(٨) ان قوله : واعبد ربك حتى يأتيك اليقين . معناه ان من عرف معنى العبادة سقط عنه فرضها .

الى غير ذلك من التأويلات الكافرة المفسدة للعقيدة والشريعة

ولذلك قال فيهم الامام عبد القاهر البغدادى : ان ضرر الباطنية على فرق المسلمين اعظم من ضرر اليهود والنصارى والمجوس عليهم، بل اعظم من مضرة الدهرية وسائر اصناف الكفرة عليهم بل اعظم من ضرر الدجال الذى يظهر آخر الزمان[1] . ا . هـ

وماقيل فى الباطنية يقال فى كل فرقة سلكت مسلكها وان تظاهرت بالاسلام وادعت الانتماء اليه .

---

(١) الفرق بين الفرق (ص٢٦٥) .

(جـ) كل نص شرعي قطعي الثبوت كالقرآن ومتواتر الاحاديث، قطعي الدلالة فليس للخلاف فيه متسع ايضا[1] .

(د) كل ما انعقد عليه الاجماع من مسائل العقيدة والشريعة ايضا فانه لايحل لاحد مخالفته ، وهي محصورة ، ومذكورة في كتب الاجماعات ، كمراتب الاجماع لابي محمد بن حزم المتوفى سنة ٤٥٦هـ ، والافصاح لابن هبيرة الوزير المتوفى سنة ٥٦٠هـ ، ورحمة الامة لمحمد بن عبد الرحمن الدمشقي الشافعي المتوفى بعد سنة ٧٨٠هـ . وغيرها .

فمن انكر شيئا من اركان الاسلام او الايمان او ما اجمعت عليه الامة فقد خرج عن المؤمنين ، وصار مرتدا ، يجب على المؤمنين قتاله سدا لباب الفساد في الدين وتفريق كلمة المسلمين ، وشق عصاهم .

---

(١) انظر الرسالة للشافعي (ص ٤٥٢) رقم ١٦٧٤ ، فتاوى ابن تيمية (٢٠ : ٢٥٧) .

المطلب الثاني

ما يجوز الخلاف فيه

وموقف السلف والخلف منه

ويتكون من ثلاثة مباحث

المبحث الأول : في معرفة ما يجوز الخلاف فيه ،

المبحث الثاني : في موقف السلف من هذا النوع من الخلاف .

المبحث الثالث : موقف الخلف منه .

المبحث الاول : مايجوز الخلاف فيه

كل ماورد فيه نص صحيح سواء كان في الاصول او الفروع، لكنه غير صريح الدلالة في المراد منه فانه يكون للخلاف فيه مجال بشرط ان يكون للمخالف فيه وجه معتبر[1]، فانه - كما قيل - :

ليس كل خلاف جاء معتبر   الا خلاف له حظ من النظر

ومثل هذا الخلاف اذا وقع لا يجوز ان يجر الى تدابر وتناحر واقتتال بين المسلمين بحال من الاحوال، لان وحدة الصف بينهم مطلب شرعي .

ومع جواز الخلاف فيه ، يجب بيان الحق ودعوة المخالفين الى اعتقاده والعمل به، لكن بالحجة و البرهان، لا بالسيف والسنان .

ومحله : اذا كان النص ظني الثبوت[2] والدلالة، او قطعي الثبوت ظني الدلالة، او ظني الثبوت قطعي الدلالة، فان للخلاف

---

(١) بان كان مستندا الى كتاب او سنة، لكنه غير قطعي الثبوت او الدلالة اى غير صريح في المراد منه . انظر الرسالة للشافعي (ص٤٢٥) .
واما غير المعتبر فضربان : الاول : ماكان من الاقوال خطأ مخالفا لمقطوع به في الشريعة، والثاني : ماكان ظاهره الخلاف وليس هو بخلاف في الحقيقة و انما هو من باب تنويع الاراء. انظر الموافقات (٤ : ١٤٠) .

(٢) بان لم يكن متواترا .

في هذا النص مجالا ، ولا يجب حمل الناس المخالفين له عليه[1]، لاحتمال ان يكون الحق مع المخالف، لان النص الموصوف بهذه الصفة، يكون محلا للاجتهاد .

ومواضع الاجتهاد المعتبر، هي ماترددت بين طرفين واضحين متفق على اصلهما ، ولكن الاختلاف يقع في قرب المختلف فيه الى احد هذين الطرفين دون الاخر، واليك امثلة لذلك[2] :

(١) زكاة الحلي : فان الحلي متردد بين ان يكون عروضا وبين ان يكون نقدا ، فالطرف الاول وهو كونه عروضا يوجب ان لا يجب فيه زكاة، والطرف الثاني وهو كونه نقدا يوجب ان تجب فيه الزكاة فيقع الاختلاف في انه بايهما يلحق .

(٢) رواية مجهول الحال : فان المجهول متردد بين ان يكون عدلا فتقبل روايته قطعا . او فاسقا فترد . فيقع الاختلاف في انه بايهما يلحق .

(٣) المتيمم اذا وجد الماء بعد الشروع في الصلاة وقبل خروج الوقت هل يلحق بمن وجد الماء قبل الشروع في الصلاة فيجب عليه الوضوء، ام يلحق بمن وجده بعد اتمامها وخروج الوقت، فلا يجب عليه . اختلفوا في ذلك .

---

(١) قال رشيد رضا في مقدمة المغني (١ : ٢٧) : وقد صرحوا - اي العلماء المنصفون - بانه ليس للشافعي ان يأمر الحنفي بالوضوء من لمس المرأة او ان ينكر عليه الصلاة اذا لم يتوضأ وما اشبه ذلك .

(٢) من الموافقات (٤ : ١٠٣) بتصرف. وانظر اتحاف المتقين (٢ : ٢٩٠) والتي تليها .

(٤) في تملك العبد : هل يملك - باسم الفاعل - املا ، وذلك انه
متردد بين طرفين احدهما : الحر، وهو يملك قطعا ، والثاني
البهيمة وهي لا تملك قطعا ، فهل يلحق بالحر فيصح منه
الملك ، ام بالبهيمة فلا يصح منه ذلك .

(٥) الاجماع السكوتي : متردد بين طرفين احدهما الاقرار بالقبول
ثانيهما : الانكار وعدم الموافقة ، فهل يلحق بالاول ويكون
حجة ، ام بالثاني ولا يكون كذلك . والامثلة في ذلك كثيرة
نكتفي منها بما ذكرناه .

والخلاصة : كما قال الشاطبي ان : كل هذه المسائل
- المذكورة - انما وقع الخلاف فيها لانها دائرة بين طرفين واضحين
فحصل الاشكال والتردد ، ولعلك لا تجد خلافا واقعا بين العقلاء
معتمدا به في العقليات او في النقليات لا مبنيا على الظن ولا مبنيا
على القطع ، الا دائرا بين طرفين ، لا يختلف فيهما اصحاب الاختلاف.[1]

ا . هـ

---

(١) الموافقات (٤ : ١٠٤) .

المبحث الثاني : موقف السلف[1] من الخلاف المأذون فيه

كان السلف رضي الله عنهم، يراعون عند اختلافهم في الفروع الفقهية الحفاظ على وحدة الامة الاسلامية، آخذين بالاعتبار تفاوت افرادها في العلم والمعرفة .

ولهذا لم يرض الامام مالك ان يحمل ابو جعفر المنصور الخليفة العباسي، جميع الناس على العمل بموطئه، مع ماكان مالك عليه من التحرى فيما رواه فيه، ومن مواطأة علماء المدينة له عليه[2]، ومثل ذلك كان الائمة في بدء الامر، فقد نهوا اتباعهم عن تقليدهم في كل ماذهبوا اليه، وارشدوهم الى الاخذ من حيث اخذوا هم، من الكتاب والسنة.

ففي اليواقيت والجواهر : انه روى عن ابي حنيفة قوله لاينبغي لمن لم يعرف دليلي ان يفتي بكلامي، وكان اذا افتى يقول هذا رأى النعمان بن ثابت، يعني نفسه، وهو احسن ماقدرنا عليه فمن جاء باحسن منه، فهو اولى بالصواب[3] . ا . هـ

والامام مالك كان يقول : مامن احد الا وهو مأخوذ من كلامه ومردود عليه، الا رسول الله صلى الله عليه وسلم[4] . ا . هـ

---

(١) اعني بهم اهل القرون الثلاثة الاولى المشهود لهم بالخير، في قوله صلى الله عليه وسلم : خير القرون قرني ثم الذين يلونهم ثم الذين يلونهم.

(٢) انظر مقدمة المغني (١ : ٢٢) .

(٣) حجة الله البالغة (١ : ١٥٧) .

(٤) نفس المصدر .

وروى الحاكم والبيهقي عن الشافعي انه كان يقول : اذا صح الحديث فهو مذهبي ، وفي رواية : اذا رأيتم كلامي يخالف الحديث فاعملوا بالحديث واضربوا بكلامي عرض الحائط(١) .

وقال للمزني - احد اصحابه - : يا ابراهيم لاتقلدني في كل ما اقول ، وانظر في ذلك لنفسك ، فانه دين(٢) . ا . هـ

والامام احمد قال لرجل يوما : لاتقلدني ولاتقلدن مالكا ولا الاوزاعي ولا النخعي ولاغيرهم ، وخذ الاحكام من حيث اخذوا ، من الكتاب والسنة(٣) . ا . هـ

وقد نظم هذا المعنى محدث حنفي فقال :

قال ابو حنيفة الامام	لاينبغي لمن له اسلام
اخذ باقوالي حتى تعرضا	على الكتاب و الحديث المرتضى
ومالك امام دار الهجرة	قال وقد اشار نحو الحجرة
كل كلام منه ذو قبول	ومنه مردود سوى الرسول
والشافعي قال : ان رأيتم	ماقلته خلاف مارويتم
من الحديث فاضربوا الجدارا	بقولي المخالف الاثارا

---

(١) نفس المصدر . وانظر رسالة مختصر كتاب المؤمل للرد الى الامر الاول لابي شامة (ص٢٧) ، ضمن مجموعة الرسائل المنيرية المجلد الثاني .

(٢) نفس المصدر . وانظر مختصر المزني (ص ١) .

(٣) حجة الله البالغة (١ : ١٥٧) .

واحمد قال لهم لا تكتبوا ماقلته و اصل ذلك اطلبوا
فاسمع مقالات الهداة الاربعة واعمل بها فان فيها منفعة
لقمعها لكل ذى تعصب والمنصفون يقتدون بالنبى

ولم يكن هذا منهم كلاما فقط، بل اردفوه بالعمل به، فقد روى عن الامام احمد انه كان يرى الوضوء من الحجامة والفصد، فسئل عمن رأى الامام احتجم وقام الى الصلاة - بالناس - ولم يتوضأ، ايصلى خلفه ؟ فقال : كيف لا اصلى خلف مالك وسعيد المسيب . ا. هـ اى وان كانا لا يقولان بوجوب الوضوء من الحجامة و الفصد . وفى رواية انه قال للسائل : انهاك ان تصلى مع فلان و فلان (١) .

وكان ابو حنيفة واصحابه يرون الوضوء من خروج الدم، ولكن ابا يوسف رأى هارون الرشيد احتجم وصلى ولم يتوضأ، وكان مالك افتاه بانه لا وضوء عليه اذا هو احتجم، فصلى ابو يوسف خلفه ولم يعد الصلاة .

واغتسل ابو يوسف فى الحمام و صلى الجمعة ،ثم اخبر بعد الصلاة انه كان فى بئر الحمام فأرة ميتة، فلم يعد الصلاة، وقال نأخذ بقول اخواننا من اهل الحجاز: اذا بلغ الماء قلتين لم يحمل الخبث (٢) .

ونقل ان الشافعى ترك القنوت فى الصبح لما صلى مع جماعة

---

(١) مقدمة المغنى (١ : ٢٢) .
(٢) نفس المصدر .

الحنفية ، فى مسجد امامهم ، قال رشيد رضا : لعله فى المكان المعروف اليوم بالاعظمية من ضواحي بغداد ، فقال الحنفية : انه فعل ذلك ادبا مع الامام ، وقال الشافعية : بل تغير اجتهاده فى ذلك الوقت.[١]

قال محمد رشيد رضا : والظاهر مما تقدم انه لم يرد ان يخالف جماعة من المسلمين مخالفة عملية فى مسألة اجتهادية غير قطعية فان اختلاف الظواهر من اسباب اختلاف البواطن ، كما يؤخذ من حديث : عباد الله لتسوون صفوفكم او ليخالفن الله بين وجوهكم رواه الجماعة.[٢] ا . هـ

وقد سبقهم ابن مسعود الى ذلك ، وكان قد وتهم فيه ، فقد عتب على عثمان اتمام الصلاة فى السفر ، ثم لما صلى خلفه اتم ، فقيل له فى ذلك ، فقال : الخلاف شر ،[٣] يعنى اذا خيف منه ان يؤدى الى شق عصا المسلمين واختلاف كلمتهم .

هكذا كان شأن السلف الصالح مع هذا النوع من الخلاف ، ولذلك لم يكن له على وحدة صفهم من تأثير .

---

(١) مقدمة المغنى (١ : ٢٢) .

(٢) مقدمة المغنى (١ : ٢٣) .

(٣) رواه ابو داود (٢ : ١٩٩) كتاب المناسك ، باب الصلاة بمنى رقم ١٩٦٠ .

المبحث الثالث : موقف الخلف من هذا النوع من الخلاف

ولكن الكثير من الخلف لم ينتهج منهج السلف في الخلاف ولا سار في ذلك على خطاهم، بل راح كل فريق يكيد للفريق المخالف له، وينصب له العداء، فشب على ذلك الصغير وشاب عليه الكبير، حتى كان من سوء صنيعهم وقلة فقههم في الدين ان وقعوا في مخالفة امور شرعية اجمع عليها المسلمون ، وهي حرمة التفرق والتناحر والاقتتال و الغيبة و النميمة و الغمز واللمز، وما الى ذلك من الامور التي ورد بتحريمها النصوص الصحيحة الصريحة، فصار المسلم اذا وجد في ارض يدين اهلها بمذهب غير مذهبه كالجمل الاجرب ووصل السفه ببعض المنتسبين الى بعض المذاهب ان اجاب لدى سؤاله عن تزوج الحنفي بامرأة شافعية ان قال : انه لايجوز، لانها تشك في ايمانها ، يعني انها تقول اذا سئلت اسلمة انت : نعم ان شاء الله . وقال آخر : بل ننزلها منزلة اهل الكتاب، فنجيز التزوج منها على هذا الاساس[1] .

وقد حمل التعصب بعض الحنفية من الافغانيين على كسر اصبع احد المصلين لانه اشار بها في التشهد ،عقابا له على عدم تقليد الامام ابا حنيفة في ذلك ، قال محمد رشيد رضا : سمعته باذني من

---

(١) انظر مقدمة المغني (١ : ١٨) . حصل هذا في طرابلس الشام آخر القرن التاسع عشر .

بعض طلاب العلم الافغانيين في مسجد لاهور الجامع في الهنـــد وقد سألتهم عن صحة مانقل عن بعض اهل بلادهم في ذلك، فقالـــوا: نعم، وعللوه بانه عقاب على مخالفة الرسول صلى الله عليه وسلم وتـرك سنته، اى وعلى عداوة شرع الله تعالى واستحلال ماحرمه[1] . ا.هـ

ويعني هذا الطالب ماذكره الكيداني في الافعال المحرمة في الصلاة فقال : العاشر من المحرمات : الاشارة بالسبابة كاهل الحديث .ا.هـ

قال رشيد رضا : ولولا حسن الظن به ، وتأويل كلامه بسببه، لكـــان كفره صريحا، وارتداده صريحا، فهل لمؤمن ان يحرم ماثبت فعله عنـــه صلى الله عليه وسلم، مما كاد نقله ان يكون متواترا[2] . ا.هـ

بل حدا التعصب الاعمى للمذاهب ببعض بقاع العالم الاسلامي ان اقاموا في المسجد الواحد جماعتين او اكثر في وقت واحد[3]، كمـــا حصل ذلك في المسجد الحرام فيما حدثني به من عاصر ذلك[4]، وكمـــا كان في الشام فيما حدثني به من سمع عن ذلك هناك .

---

(١) مقدمة المغني (١ : ٢٠) .

(٢) مقدمة المغني (١ : ٢٠) .

(٣) ذكر ذلك في مقدمة المغني (١ : ٢٣) .

(٤) ومما يؤيد ذلك، وجود ساعة خشبية كبيرة في بناء الحرم القديم قبالة ميزاب الكعبة وقد كتب على قرصها من الداخل : مهداة للمقام الحنفي . قرأت ذلك بنفسي ولاتزال موجودة . وكان الفضل في القضاء على هذا المظهر السيء للملك عبد العزيز آل سعود رحمه الله حيث الغاها جميعا وجمع الناس على محراب واحد .

ونقل رشيد رضا ايضا ان بعض الحنفية من الافغانيين سمع رجلا يقرأ الفاتحة و هو بجانبه في الصف، فضربه بمجموع يده على صدره ضربة وقع بها على ظهره، فكاد يموت[1] .

ولابى الحسن الكرخي قول يصب فى هذا المستنقع الآسن ايضا حيث يقول : كل آية تخالف ماعليه اصحابنا - الحنفية - فهي مؤولة او منسوخة و كل حديث كذلك فهو مؤول او منسوخ[2] .

وقد حكى محدث حنفي شيئا من صور التخبط في ظلام التعصب وديا جير الجهالة بمعاني ومقاصد الشريعة الاسلامية، فقال :

وقال بعضهم لو اتتني مائة   من الحديث قد روتها الثقة

وجاء في قول عن الامام   قدمته، ياقبح ذا الكلام

بل لقد عاند بعضهم في ذلك عنادا، لايصدر عن عاقل فادعى بان المسيح ابن مريم عليه السلام حين يعود في آخر الزمان سيحكم الامة بالمذهب الحنفي الذى هو مذهبه، قال الشيخ المحدث الهندى :

فانظر لما قالوا من التعصب   ان المسيح حنفى المذهب

والذى اوجد هذا التعصب للمذاهب الاربعة الفقهية دون غيرها، هو ماقاله المقريزى المؤرخ الحكيم من وقف الاوقاف عليها والتزام بعض الملوك والامراء لتقليد بعضها، والحكم به، ولولا ذلك لفعلوا

---

(١) مقدمة المغنى (١ : ١٨) .

(٢) تاريخ التشريع للخضرى (ص٣٢٤) .

باقوال ائمة هذه المذاهب مافعلوه باقوال غيرهم من علماء الصحابة والتابعين من المزج وعدم الافراد بالتأليف والتدريس [1].

وقد سئم الناس حكاما ومحكومين فى الزمن الاخير هذه الخلافات لما ترتب عليها من آثار سيئة ومصائب كبيرة اضعفت الامة فى مجموعها فكان من نتيجة ذلك ان ضعف الالتزام بشرع الله لدى العامة، واتخذ بعض الحكام ذلك ذريعة لاستقدام قوانين وضعية بشرية من الشرق او الغرب ونبذوا بل وحاربوا شرع الله واقصوه عن الحكم ثم قام الكثير منهم بملاحقته فى اوساط الناس ايضا، واصبح المسلمون بذلك احاديث ومزقوا كل ممزق (ربنا لاتجعلنا فتنة للقوم الظالمين) [2].

فانقلب الخلاف بذلك من رحمة للامة الى نقمة عليها، واندرج المتعصبون بذلك تحت قوله تعالى (اتخذوا احبارهم ورهبانهم اربابا من دون الله) [3] وقد علل النبى صلى الله عليه وسلم ذلك بانهم لما اتبعوا احبارهم ورهبانهم فى تحليل ماحرم الله وتحريم ما احل صاروا بذلك عبيدا لهم [4]، فكذلك من قلد رجلا من الفقهاء بعينه

---

(١) مقدمة المغنى (١ : ٢٤).

(٢) سورة يونس : ٨٥.

(٣) سورة التوبة : ٣١

(٤) رواه الترمذى (٥ : ٢٧٨)، كتاب تفسير القرآن، باب من سورة التوبة رقم ٣٠٩٥، عن عدى بن حاتم قال: اتيت النبى صلى الله عليه وسلم وفى عنقى صليب من ذهب، فقال: ياعدى اطرح عنك هذا الوثن، وسمعته يقرأ فى سورة براءة: اتخذوا احبارهم ورهبانهم اربابا من دون الله، قال: اما انهم =

ورأى انه يمتنع من مثله الخطأ ، وان ماقاله هو الصواب البتة ، واضمرفى قلبه ان لايترك تقليده وان ظهر الدليل على خلافه"[1] ، فانه يكون متخذا له الها من دون الله ، وجاعلا كلامه كشريعة خاصة به ، وقد قال تعالى (ان الذين فرقوا دينهم وكانوا شيعا لست منهم فى شيء)[2] .

قال الغزالي في القسطاس المستقيم : ثم ان ماترتب على التفرق من الضرر والفساد المدون في التاريخ ، والذى افضى فى هذه الازمنة الى ضعف المسلمين و الى اذهاب ملكهم ، وتمكن الاجانب من الاستيلاء على بلادهم ، واغراء عوامل نفور بعضهم من بعض ، كل ذلك مما يؤكد وجوب تلافى شرور هذا التفرق ، والعمل على جمع الكلمة ووحدة الامة[3] . ا . هـ

= لم يكونوا يعبدونهم و لكنهم كانوا اذا احلوا لهم شيئا استحلوه ، واذا حرموا عليهم شيئا حرموه . ثم قال الترمذى: هذا حديث غريب ، لا نعرفه الامن حديث عبد السلام بن حرب ، وغطيف بن اعين ليس بمعروف فى الحديث . ا . هـ

(١) حجة الله البالغة (١ : ١٥٥) .

(٢) سورة الانعام : ١٥٩

(٣) اسباب اختلاف الفقهاء للتركى (ص٥٤) نقلا عن المغنى دون ذكر الصفحة ، عن القسطاس المستقيم دون ذكرها ايضا وقد تصفحتهما معا ، فلم اجده ، عن الغزالى ، وانما هو من كلام السيد محمد رشيد رضا فى مقدمة المغنى (ص٢٤) وبتصرف فطين لايسهو . وقد طبع القسطاس ضمن رسائل للغزالي بعنوان الجواهر الغوالى بمطبعة السعادة بمصر الطبعة الاولى ١٣٥٣ هـ الموافق ١٩٣٤م ، على نفقة محيى الدين صبرى الكردى .

فاذا سمعت - بعد هذا - من يذم علم الخلاف فانما يريد به هذا النوع من الخلاف المذموم، وهو الذى عناه الغزالى فى قوله: واما علم الخلافيات التى احدثت فى هذه الاعصار المتأخرة - اى فى القرن الرابع الهجرى كما قال احمد امين لانه عصر انتشار التعصب للمذاهب[1] - وابدع فيها من التحريرات والتصنيفات والمجادلات مالم يعهد مثلها فى السلف، فاياك وان تحوم حولها واجتنبها اجتناب السم القاتل، فانها الداء العضال[2] . ا.هـ

(١) انظر ظهر الاسلام (٢ : ٥٤ ، ٥٦) .
(٢) اتحاف المتقين (١ : ٢٧٥) وانظر احياء علوم الدين - بالهامش.

الفصل الرابع

في بيان دور علم الخلاف في بناء شخصية الفقيه وأثره في الحركة الفقهية .

ويتكون هذا الفصل من مطلبين

المطلب الأول : في دور علم الخلاف في بناء شخصية الفقيه

المطلب الثاني : في أثر علم الخلاف في حركة الفقه الإسلامي .

المطلب الاول : في بيان دور علم الخـــلاف في بناء شخصية الفقيـــــه

لعلم الخلاف دور كبير وهام بالنسبة للمتخصصين في علم الفقـــه لما انه يؤدي بهم ـ لدى دراستهم اياه ـ الى نتائج ضرورية للوصـــول الى رتبة الاجتهاد ، منها :

اولا : الوقوف على ادلة العلماء فيما ذهبوا اليه من الاراء الفقهية [١] ، ومن اى انواع الادلة هي ، هل هي نقلية ، اعني مـــــن الكتاب والسنة والاجماع، ام عقلية ، اعني من القياس والاستحســـان والاستصلاح وغير ذلك. ثم يقف الباحث في هذا العلم على معرفة قـــوة الدليل من حيث النقل ، هل هو صحيح او حسن او ضعيف او موضـــوع اذ بمعرفة ذلك يتمكن من الحكم على هذا الرأى او ذاك بالصحـــــة او الخطأ ، لاسيما بعد استقصاء الادلة .

ثانيا : الوقوف على مآخذ العلماء في تلك الادلة [٢] فيعـــرف كيفية وصولهم الى الحكم في هذه المسألة او تلك ، وعلى اى القواعـــد الفقهية او الاصولية انزلوها ، فقد يختلفون في الدليل الواحد ، فيراه بعضهم منسوخا ويراه الاخر محكما ، او يرى بعضهم حطه على اطلاقـــه ويرى الاخر انه مقيد بنص آخر ، وقد يراه بعضهم مجملا ، ويراه الاخـــر مبينا ، وقد يقيسه بعضهم على اصل ويراه الاخر قياسا غيرمستوف شرائطه

---

(١) انظر مقدمة ابن خلدون (ص٣٦٢) ، اسباب اختلاف الفقهـــاء للتركي (ص٤٣) .

(٢) نفس المصدر .

وقد يراعي بعضهم المصلحة فيه من جانب ولا يراها الاخر محلا للمراعاة وقد يبنى بعضهم حكمه على استحسان فيوجده الاخر نصا اوقياسا الى آخر ماهنالك من المآخذ .

وهكذا . فان كل فريق من الطرفين يدورحول هدف واحد هو نصرة مذهب امامه بالاستدلال له ، بكل وسيلة ، ودحض حجج الخصم وان بنوع من التمحل والتكلف[1] . فاذا وقف الباحث في هذا العلم على المآخذ لكل طرف منهما ، تمكن من معرفة الصواب اوالاقتراب منه . فاذا تقصى ما لكل من الطرفين من الحجج والمآخذ من كتبهم امكنه ادراك الحق فى المسائل المختلف فيها .

ثالثا : تعويد طالب علم الفقه على جعل الائمة جميعا فى موضع الاعتبار ، سواء في ذلك من خالف امام مذهبه او وافقه لان تعويد طالب العلم على عدم الاطلاع الا على مذهب واحد ربما يكسبه ذلك نفورا وانكارا لكل مذهب غير مذهبه ، مادام لم يطلع على ادلته ، فيورثه ذلك ـ كما قال الشاطبي ـ حزازة فى الاعتقاد فى فضل ائمة اجمع الناس على فضلهم ، وتقدمهم في الدين ، وخبرتهم بمقاصد الشارع وفهم اغراضه[2] . ا . هـ

وتأكيدا لهذا المعنى قال ابن السبكي : ان المقتصر على ماعليه الفتيا ـ اى في المذهب ـ هو المضيع للفقه ، فان المرء اذا لم يعرف الخلاف والمأخذ لا يكون فقيها الى ان يلج الجمل فى سم

---

(١) انظر ابجد العلوم (٢ : ٢٧٨) .

(٢) انظر قوله هذا في اسباب اختلاف الفقهاء للتركي (ص٤٢) .

الخياط، وانما يكون رجلا ناقلا نقلا محيطا ، حامل فقه الى غيره لا قدرة له على تخريج حادث بموجود ، ولا قياس مستقبل بحاضر ولا الحاق شاهد بغائب، وما اسرع الخطأ اليه ، واكثر تزاحم الغلط عليه ، وابعد الفقه لديه[1] . ا.هـ

رابعا : تحصيل ملكة النقض والابرام لدى الباحث في هذا العلم[2]، فعن طريق ادمان مطالعة الادلة والادلة المضادة ، والمآخذ والمآخذ المضادة تنقدح في الذهن اساليب الاستدلال للآراء وكيفية ابطال آراء الخصم وسرعة ادراك مواطن الضعف في دليله او مأخذه فيتمكن بذلك من اتقاء تمويه الخصم وتدليسه اذا عجز عن الاستدلال لمذهبه ورام نصرته مع ذلك .

فعلم الخلاف اذن عامل مساعد في معرفة الراجح من المرجوح من الاراء الفقهية المتعددة ، فيدنو العالم به من رتبة الاجتهاد واليك طائفة من اقوال اهل العلم في ذلك[3] :

عن قتادة : من لم يعرف الاختلاف ، لم يشم انفه الفقه . ا.هـ

وعن عطاء : لا ينبغي لاحد ان يفتي الناس حتى يكون عالما باختلاف الناس، فانه ان لم يكن كذلك رد من العلم ماهو اوثق من الذي في يديه . ا.هـ

---

(١) اتحاف المتقين (١ : ٢٧٤) .

(٢) انظر ابجد العلوم (٢ : ٢٧٨) ، الكشف (١ : ٨٠٥) .

(٣) ذكرها الشاطبي جميعا في الموافقات (٤ : ١٠٤) والتي تليها .

وعن ايوب السختياني وابن عيينة : اجسر الناس على الفتيا اقلهم علما باختلاف العلماء ، زاد ايوب : وامسك الناس عن الفتيا اعلمهم باختلاف العلماء . ا.هـ

وقال يحيي بن سلام : لا ينبغي لمن لا يعرف الاختلاف ان يفتي ولا يجوز لمن لا يعلم الاقاويل ان يقول هذا احب الي . ا.هـ اي لانه لم يعرف مأخذ هذه الاقاويل ، فيكون اختياره على غير اساس من علم.

وعن سعيد بن ابي عروبة : من لم يسمع الاختلاف فلا تعدده عالما . ا.هـ

وقال الامام مالك : لا تجوز الفتيا الا لمن علم ما اختلف الناس فيه ، قيل له : اختلاف اهل الرأي ؟ قال :لا ، اختلاف اصحاب محمد صلى الله عليه وسلم وعلم الناسخ والمنسوخ من القرآن وحديث الرسول صلى الله عليه وسلم . ا.هـ

وليس المراد بما ذكر مجرد حفظ الخلاف ، بل المراد:معرفة مواقع الخلاف ومآخذه ، كما قال الشاطبي رحمه الله[1] .

---

(١) انظر قوله هذا في الموافقات (٤ : ١٠٥) .

المطلب الثانى : فى بيان اثر علم الخلاف فى حركة الفقه الاسلامى

كتب علم الخلاف تعتبر كتب مناظرات ومجادلات بين مختلف المذاهب الاسلامية ، يحكيها كل مصنف بما يتفق وعصبيته المذهبية اذ انما رمى بتأليفه فى الخلاف الى اظهار صحة مذهبه ، وابطال مذهب الخصم ، فربما جمع فى سبيل ذلك اقوى مالدى مذهبه من الادلة ، بينما يذكر للخصم من الادلة مايعلم ان له عليه جوابا وان كان الشيخ ابو اسحاق قد خلا من هذه الصفة او كاد ، ولذلك نجده فى بعض مواطن من كتابه " النكت" يورد حجة الحنفية ثم لا يفتح عليه فيها بجواب ، فيترك للجواب عليها موضع بياض ، كما حصل عنده ذلك فى اربعة مواضع :

الاول : فى الصفحة اليسرى من الورقة الثامنة والاربعين .

الثانى : فى الصفحة اليمنى من الورقة السبعين بعد المائة .

الثالث : فى الصفحة اليمنى من الورقة السابعة والسبعين بعد المائة .

الرابع : فى الصفحة اليمنى من الورقة الحادية والسبعين بعد المائتين . من نسخة الاصل .

ولما فعل المخالف مثل ذلك ايضا ، اعنى حشد الادلة القوية فى نصرة مذهبه واورد من حجج الخصم ما امكنه الرد عليه ، ادى ذلك بتعدد كتب الخلاف ، مع اختلاف المصنفين فى الانتماء المذهبى الى :

(١) توسيع دائرة الحركة الفقهية الاسلامية، في شتى مناحي الحياة[1] سواء مايتعلق منها بالعبادات او المعاملات او الانكحة او الجنايات، والحدود .

(٢) تكوين اتجاهات ونظريات فقهية قانونية[2]، تساير الحياة البشرية على اختلاف الامكنة والازمنة، فتوجد لكل حادثة حكمها .

(٣) حمل الكثير من الفقهاء على التسلح بسلاح الخصوم المناظرين لهم، ليتمكن من الرد عليهم بما يبطل مذهبهم[3]، على جهة الالزام، فالقياسيون تسلحوا بالحديث، والمحدثون تسلحوا بالرأى .

(٤) تقريب الكثير من اوجه النظر المتباعدة، بين المذاهب المختلفة[4] ولذلك رأينا العديد من اصحاب الائمة وتلاميذهم يخالفون الامام في عدد من المسائل، كمحمد بن الحسن الشيباني صاحب ابى حنيفة وكذا ابو يوسف، وزفر بن الهذيل، من الحنفية، وكالمزني والربيع المرادى وغيرهما من الشافعية وانما كان ذلك منهم بسبب تأثرهم من اختلاطهم بالمناظرة والمحاورة مع اتباع المذهب الاخر، فاطلعوا على ادلة ومآخذ جديدة، كانت عاملا قويا في لفت انظارهم الى الحق فيما اختلفوا فيه .

---

(١) انظر ضحى الاسلام (٢ : ١٧٠) .
(٢) نفس المصدر .
(٣) نفس المصدر .
(٤) نفس المصدر .

الفصل الخامس

أسباب الخلاف والمؤلفات فيه

ويتكون من مطلبين

المطلب الأول

في بيان أسباب الخلاف

المطلب الثاني

في مؤلفات أسباب الخلاف

المطلب الاول : في بيان اسباب الخلاف

قد يعجب المرء من كثرة الخلاف الناشب بين الائمة الفقهاء بل وفي عهد الصحابة انفسهم، وقد بلغ من كثرته ان احاط بمعظم احكام الشريعة، فما نجا من الخلاف منها الا ما اسلفنا الكلام فيه في مبحث مالايجوز الخلاف فيه، وهو اركان الاسلام والايمان وماوجد من النصوص صحيحة السند، صريحة الدلالة، او اجمعت عليه الامة على قلة ماصح انعقاد الاجماع فيه، فوجود مثل هذا الخلاف الواسع يدعو ولا شك الى ان تشرئب الاعناق، وتتطلع النفوس الى معرفة حقيقة الاسباب الكامنة وراءه، والدافعة اليه .

ويمكن ارجاع هذه الاسباب الى نوعين [1] :

النوع الاول : اسباب عامة .

النوع الثاني : اسباب خاصة .

اما النوع الاول : وهو الاسباب العامة :

واعني بها مايتعلق بذات المجتهدين، فعديدة، منها :

(١) اختلاف مداركهم في استنباط الاحكام من النصوص [2]، فربما رأى بعضهم في النص حكما، ولم ينتبه اليه الاخر، فيحكم الاول بما توصل بصحيح النظر فيه اليه، ويخالفه الاخر لعدم

---

(١) لم اجد من نص على هذا التقسيم ممن صنف في اسباب الخلاف الا ان تقسيمه على هذا النحو يسهم في زيادة الايضاح .

(٢) انظر الموافقات (٣ : ٦٦)، مقدمة ابن خلدون (ص ٣٦١) .

وقوفه على ذلك .

(٢) عدم بلوغ النص الى بعضهم ، فيحكم باجتهاده في المسألة . اما بمفهوم نص ما ، او بعمومه او بالقياس عليه ، بينما يكون قد بلغ البعض الاخر نص صريح في تلك المسألة.[1]

مثال ذلك : ان عمر بن الخطاب قضى في دية الاصابع انها مختلفة بحسب منافعها . وقد كان عند ابى موسى وابن عباس علم بان النبي صلى الله عليه وسلم قال : هذه وهذه سواء . يعني الابهام والخنصر،[2] فبلغت هذه السنة لمعاوية رضى الله عنه فقضى بها.[3]

(٣) عدم ورود نص شرعي اصلا في المسألة ، فتختلف انظار المجتهدين في الحاق المسألة بنص ما ، او في اندراجها تحت عموم نص آخر.[4] فمن انكر القياس الحق الحكم بعموم نص آخر ومن لا ، فقد يختلفون في تحقق شروط القياس فيه .

مثال ذلك : اختلاف الصحابة في ميراث الجد مع الاخوة[5] واختلافهم في العول،[6] ومثل ذلك ايضا اختلاف عمر مع ابى بكر في

---

(١) انظر اتحاف المتقين (٢ : ٢٩٠) .

(٢) رواه الترمذى (٤ : ١٤) كتاب الديات ، باب ماجاء في دية الاصابع ، رقم ١٣٩٢ ، ثم قال : هذا حديث حسن صحيح . ا . هـ

(٣) وانظر بقية الامثلة في فتاوى ابن تيمية (٢٠ : ٢٣٦) .

(٤) انظر اسباب اختلاف الفقهاء للتركي (ص ٢١) .

(٥) انظر المسألة والاثار الواردة المتعارضة في ذلك في المحلى (١٠ : ٣٧٩) .

(٦) حتى كان ابن عباس يقول : من شاء باهلته ان الفريضة لا تعول . ا . هـ ذكره في التلخيص (٣ : ٩٠) .

عطاء بيت المال[1] فكان ابو بكر يسوى فيه بين من اسلم وهاجر قبل الفتح ومن فعل ذلك بعد الفتح ، انطلاقا من واجب التسوية بين الرعية فى العطاء الدنيوى ، واما الاجر فالله هو الذى يفاضل فيه بينهم يوم القيامة ، وعمر يفاضل بينهم نظرا لما بذلوا وتحملوا من المشاق .

(٤) التفاوت فى الضبط بين المجتهدين[2] والالمام بمناط الحكم .

مثال ذلك : ماروى عمر وابن عمر عن النبى صلى الله عليه وسلم من ان الميت يعذب ببكاء اهله عليه ، فقضت عائشة عليه بانه لم يأخذ الحديث على وجهه فان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان قد مر على يهودية يبكى عليها اهلها فقال : انهم يبكون عليها وانها تعذب فى قبرها[3] . فظن ابن عمر ان العذاب معلولا للبكاء ، فجعل الحكم عاما فى كل ميت[4] .

(٥) تطرق النسيان والسهو الى بعض المجتهدين دون البعض[5] .

مثاله : ماروى ان ابن عمر كان يقول : اعتمر رسول الله صلى الله عليه وسلم عمرة فى رجب . فسمعت عائشة فقضت عليه بالسهو[6] .

---

(١) انظر اسباب اختلاف الفقهاء للتركى (ص ٢١) .

(٢) انظر حجة الله البالغة (١ : ١٤٣) .

(٣) انظر التلخيص (٢ : ١٤٠) رقم ٨٠٦ .

(٤) انظر حجة الله البالغة (١ : ١٤٣) .

(٥) انظر فتاوى ابن تيمية (٢٠ : ٢٤٣) ، حجة الله البالغة (١ : ١٤٣) .

(٦) حجة الله البالغة (١ : ١٤٣) .

وخطب عمر بن الخطاب الناس فقال : لا يزيد رجل على صداق ازواج رسول الله صلى الله عليه وسلم وبناته الا ردت الزيادة الى بيت المال ، فقالت له امرأة : يا امير المؤمنين لم تحرمنا شيئا اعطانا الله اياه ، ثم قرأت : (واتيتم احداهن قنطارا فلا تأخذوا منه شيئا)[1] فرجع عمر الى قولها[2] ، وقد كان حافظا للاية بلاشك ، لكنه نسيها .

(٦) تطرق الوهم الى بعض المجتهدين[3] .

مثال ذلك : ان رسول الله صلى الله عليه وسلم حج بالناس عام الوداع فرآه الناس ، فذهب بعضهم الى انه كان متمتعا ، وبعضهم الى انه كان قارنا ، وبعضهم الى انه كان مفردا[4] .

الى غير ذلك من الاوصاف التي لم نذكرها .

النوع الثاني : الاسباب الخاصة .

واعني بها مايتعلق بذات النص الشرعي الوارد في المسألة . والذي يعرض للنص عند التطبيق امور سبعة ، واليك ذكرها مجملة ثم نعرج على كل عارض منها بما يجليه ، مع تحري الاختصار في ذلك ما امكن . فنقول وبالله التأييد :

---

(١) سورة النساء : ٢٠

(٢) انظر البيهقي (٧ : ٢٣٣) كتاب الصداق ، باب لا وقت في الصداق كثر او قل . لكنه قال انه منقطع .

(٣) حجة الله البالغة (١ : ٢ : ١) .

(٤) حجة الله (١ : ١٤٢) .

العارض الاول : الاشتراك فى الالفاظ والمعانى .

العارض الثانى : الحقيقة والمجاز .

العارض الثالث : الافراد والتركيب .

العارض الرابع : الخصوص والعموم .

العارض الخامس : الرواية والنقل .

العارض السادس : الاجتهاد والقياس .

العارض السابع : الناسخ والمنسوخ .

العارض الثامن : الاباحة والتوسيع .

واليك بيان كل عارض منها مفصلا فى ثمانية مباحث[1] :

---

(١) ذكرها جميعا الشاطبى فى الموافقات (٤ : ١٣٨) باختصار نقلا عن الامام ابى محمد عبدالله بن السيد البطليوسى فى كتابه معرفة الاسباب الموجبة للخلاف الواقع بين الائمة فى آرائهم وهو من اجود ماكتب فى هذا الموضوع وقد اختصره فى اتحاف المتقين (٢ : ٢٩١) فرأيت ان اجعله العمدة فى هذا المبحث. وعند دفع المقدمة للطبع عثرت عليه مطبوعا فاشرت اليه مع الاتحاف . وانما ابقيت على الاتحاف معه ، لان صاحب الاتحاف قد تصرف فى العبارة وشارك فى الايضاح ،كما شاركت بايضاح واضافة مايقتضيه المقام . كما ستراه فى محله .

المبحث الاول : بيان عارض الاشتراك في الالفاظ والمعاني

ولهذا العارض وهو الاشتراك، ثلاثة اقسام :

القسم الاول : اشتراك في موضوع اللفظة المفردة، وهو نوعان[1] :

النوع الاول : اشتراك يجمع معاني مختلفة متضادة، كالقرء

فالحجازيون من الفقهاء يرون انه بمعنى الطهر، فتكون العدة عندهم ثلاثة اطهار. واحتجوا لذلك بقول رسول الله صلى الله عليه وسلم لعمر حين طلق عبد الله بن عمر امرأته وهي حائض : مره ان يراجعها ثم يتركها حتى تطهر، ثم ليطلقها ان شاء، فتلك العدة التي امر الله عز وجل ان تطلق لها النساء[2].

وجه الدلالة : انه لما امره ان يطلقها في الطهر، وجعله العدة دونها، ونهاه ان يطلقها في الحيض، واخرجه من ان يكون عدة، ثبت بذلك ان الاقراء هي الاطهار[3].

---

(١) انظر اتحاف المتقين (٢ : ٢٩١)، الانصاف للبطليوسي (ص ٣٧).

(٢) رواه الطحاوي في شرح معاني الاثار (٣ : ٥٩)، ورواه مسلم (٢ : ١٠٩٣) كتاب الطلاق باب تحريم طلاق الحائض بغير رضاها وانه لو خالف وقع الطلاق ويؤمر برجعتها رقم ١١ بنحوه.

(٣) ذكره الطحاوي في شرح معاني الاثار (٣ : ٥٩).

واما العراقيون فيرون انه بمعنى الحيض، فتعتد المرأة عندهم من طلاقها بثلاث حيضات .

واحتجوا من الحديث : بان حديث ابن عمر المذكور قد ورد باتم من ذلك ، فان رسول الله صلى الله عليه وسلم امر عمر ان يأمره ان يراجعها ثم يمهلها حتى تطهر ثم تحيض، ثم تطهر، ثم ليطلقها ان شاء ، وقال : تلك العدة التي امر الله عز وجل ان تطلق لها النساء[1].

وجه الدلالة : انه لما نهاه رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ايقاع الطلاق في الطهر الذي بعد الحيضة التي طلق فيها ، حتى يكون طهر وحيضة اخرى بعدها ، ثبت بذلك انه لو اراد بقوله (فتلك العدة . . الخ) الاطهار لجعل له ان يطلقها بعد طهرها من هذه الحيضة[2].

النوع الثاني : اشتراك يجمع معان مختلفة لكنها غير متضادة[3].

مثاله : قوله تعالى (انما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون في الارض فسادا ان يقتلوا او يصلبوا او تقطع ايديهم وارجلهم من خلاف او ينفوا من الارض)[4] .

---

(١) رواه الطحاوي في معاني الاثار(٣ : ٥٩) . ورواه مسلم(٢ : ١٠٩٣) كتاب الطلاق باب تحريم طلاق الحائض بغير رضاها وانه لو خالف وقع الطلاق ويؤمر برجعتها رقم (١) .

(٢) ذكره في شرح معاني الاثار(٣ : ٦٠) .

(٣) الانصاف للبطليوسي (ص٤٨) .

(٤) سورة المائدة : ٣٣

فذهب قوم الى ان لفظة (او) للتخيير هنا ، فقالوا :للسلطان ان يفعل بقاطع الطريق[١] اى هذه العقوبات شاء ، وهو ما ذهب اليه الامام مالك والحسن وعطاء وغيرهم[٢] .

وذهب قوم الى ان (او) هنا للتفصيل والتبعيض، فمن كان من المحاربين قد قتل واخذ المال ،صلب، ومن قتل ولم يأخذ المال قتل ، ومن اخذ المال ولم يقتل ،قطعت يده ورجله ، وهو قول ابن عباس وغيره ، وبه يقول الشافعى[٣] وابو حنيفة[٤] .

ومثل ذلك : لفظ الامر : هل يحمل على الوجوب او على الندب .

ولفظ النهي : هل يحمل على التحريم او على الكراهة[٥] .

القسم الثاني : الاشتراك الواقع فى احوال اللفظة المفردة من اعراب ونحوه[٦] .

---

(١) وهومن يعترض الناس خارج المصر فيسلبهم المال تحت تهديد السلاح حيث لا مغيث. انظرمغنى المحتاج (٤ : ١٨٠) ومابعدها .

(٢) انظر بداية المجتهد (٢ : ٤٩١) .

(٣) انظر مختصر المزني (ص٢٦٥) ، المنهاج (ص١٣٤) .

(٤) انظر تبيين الحقائق (٣ : ٢٣٥) .

(٥) ذكر ذلك فى بداية المجتهد (١ : ٦) ، وانظر الانصاف للبطليوسى (ص٤٨) .

(٦) ذكره فى الاتحاف (٢ : ٢٩١) ، والبطليوسى فى الانصاف (ص٥٣) .

مثال ذلك : قوله تعالى (ولا يضار كاتب ولا شهيد)[1] فان بعض اهل العلم قالوا : ان مضارة الكاتب هي ان يكتب غيرما يملي عليه صاحب الحق ، ومضارة الشهيد هي ان يشهد بخلاف ماعلم .

وقال آخرون : مضارتهما ان يمنعا من استقلالهما ، ويكلفا الكتابة والشهادة في وقت يشق ذلك عليهما .

وسبب الاختلاف : ان قوله تعالى (ولا يضار) يحتمل ان يكون تقديره : ولا يضارر ، بفتح الراء ، فيلزم على هذا ان يكون الكاتب والشهود مفعولا ، بما لم يسم فاعله . وبهذا كان يقرأ ابن مسعود[2] .

ويحتمل ان يكون تقديره : لا يضارر ، بكسر الراء ، فيلزم على هذا ان يكون الكاتب والشهيد فاعلين ، وبه كان يقرأ ابن عمر[3] .

القسم الثالث : الاشتراك الواقع من جهة الالفاظ المركبة . وهذه على نوعين[4] :

النوع الاول : الالفاظ المركبة الدالة على معان مختلفة متضادة .

مثال ذلك : قوله تعالى : (وما يتلى عليكم في يتامى النساء اللاتي لا تؤتونهن ما كتب لهن وترغبون ان تنكحوهن)[5] .

---

(١) سورة البقرة : ٢٨٢

(٢) انظر تفسير الطبرى (٦ : ٨٨) رقم ٦٤١٩ .

(٣) انظر القراءتين في : املاء مامن به الرحمن (١ : ٩٧ ، ١٢٠) . وقد ذكرهما الالوسي ايضا في روح المعاني (٣ : ٦١) لكن جعل قراءة الكسر لعمر بن الخطاب وقراءة الفتح لابن عباس.

(٤) انظر الاتحاف (٢ : ٢٩١) ، الانصاف للبطليوسي (ص ٥٥) .

(٥) سورة النساء : ١٢٧

فذهب ابن عباس الى ان معناه : وترغبون فى نكاحهن من اجل اموالهن [(١)] .

وذهب قوم الى ان معناه : وترغبون عن ان تنكحوهن لدمامتهن وتعضلوهن عن الزواج كي لا يذهب ازواجهن باموالهن ، فيفوت عليكم ارثهن . وهو قول عائشة [(٢)] ، وقتادة [(٣)] وابراهيم النخعى [(٤)] وغيرهم .

فسبب اختلافهم في الاية هو الاجمال فى المحذوف ، هل هو حرف (فى) او حرف (عن) .

النوع الثانى : الالفاظ المركبة الدالة على معان مختلفة غير متضادة [(٥)] .

مثال ذلك : قوله تعالى : (وقولهم انا قتلنا المسيح عيسى ابن مريم رسول الله وماقتلوه وماصلبوه ، ولكن شبه لهم ، وان الذين اختلفوا فيه لفى شك منه ، مالهم به من علم الا اتباع الظن ، وماقتلوه يقينا) [(٦)] .

رأى بعض اهل العلم ان الضمير فى قوله (قتلوه) عائد الى المسيح عيسى عليه السلام ، ورأى آخرون انه عائد الى العلم المذكور فى

---

(١) انظر تفسير الطبرى (٩ : ٢٦٤) . رقم الاثر (١٠٥٦٥) .

(٢) انظر تفسير الطبرى (٩ : ٢٦٣) رقم (١٠٥٦١) .

(٣) نفس المصدر (٩ : ٢٥٧) رقم (١٠٥٥١) .

(٤) نفس المصدر (٩ : ٢٥٥) رقم (١٠٥٤٤) .

(٥) انصاف البطليوسي (ص٦٦) .

(٦) سورة النساء : ١٥٧

قوله : (مالهم به من علم الا اتباع الظن) وقالوا : هو من باب قول العرب : قتلت الشيء علما [١] .

ومثل ذلك ايضا الاشتراك في قوله تعالى : (والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا باربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة ابدا ، واولئك هم الفاسقون ، الا الذين تابوا من بعد ذلك) [٢] .

فالاشتراك واقع هنا في قوله (الا الذين تابوا) هل هو عائد الى الفاسق فقط ، ام انه يعود الى الفاسق والشاهد ايضا ، فتكون التوبة رافعة للفسق ومجيزة شهادة القاذف [٣] .

---

(١) انظر تفسير الطبرى (٩ : ٣٧٧) .

(٢) سورة النور : ٤ - ٥

(٣) ذكره ابن رشد في بداية المجتهد (١ : ٦) .

المبحث الثاني : في الخلاف العارض من جهة الحقيقة والمجاز

والمجاز العارض للنص على ثلاثة انواع[1] :

النوع الاول : مجاز يرجع الى اللفظ المفرد ، كقوله تعالى : (الله نور السموات والارض)[2] . اختلف فيه[3]: هل النور مجاز مرسل باعتبار لازم معنى النور ، وهو الظهور في نفسه واظهاره لغيره . او هو استعارة ، ويكون المستعار منه النور ، بمعنى الظاهر بنفسه ، المظهر لما سواه والمستعار له هو واجب الوجود الموجد لغيره .

وقيل : هو من التشبيه البليغ ، ووجه الشبه فيه : هو كون كل من التدبير والنور سبب الاهتداء الى المصالح .

النوع الثاني : مجاز يرجع الى احوال اللفظة المختلفة من اعراب وغيره[4] .

مثال ذلك : قوله تعالى (بل مكر الليل والنهار)[5] وانما اراد بل مكرهم بالليل والنهار ، فحذف المضاف اليه واقيم مقامه الظرف على جهة التوسع . وقيل : جعل الليل والنهار ماكرين ، على جهة الاسناد المجازى

---

(١) اتحاف المتقين (٢ : ٢٩٣) ، الانصاف للبطليوسي (ص٧١) .

(٢) سورة النور : ٣٥

(٣) انظر روح المعاني (١٨ : ١٦٤) .

(٤) الانصاف للبطليوسي (ص٧١) .

(٥) سورة سبأ : ٣٣

وقيل غير ذلك[1] .

النوع الثالث : مجاز يرجع الى تركيب الالفاظ وبناء بعضها على بعض . ويأتي ذلك على صور :

(١) ورود الامر ويراد به الخبر ، كقوله تعالى (اسمع بهم وابصر)[2] ، اى ما اسمعهم وابصرهم .

(٢) ورود الخبر ويراد به الامر ، كقوله تعالى : (والوالدات يرضعن اولادهن حولين كاملين ..)[3] . والمعنى : لترضع الوالدات اولادهن حولين كاملين .

(٣) ورود الايجاب بصيغة النفى ، كقولهم : مازال زيد عالما . فان صيغته صيغة قولك : ماكان زيد عالما ، والاول ايجاب والثاني نفي ، فاذا ادخلت على هذه الجملة (الا) التى للايجاب فقلت: مازال زيد الا عالما ، صارت صيغته صيغة الموجب - بالفتح - ومعناه المنفى[4] .

(٤) ورود النفى بصيغة الايجاب ، كقوله تعالى : (ولو شئنا لآتينا كل

---

(١) انظر روح المعانى (٢٢ : ١٤٥) .

(٢) سورة مريم : ٣٨ ، وانظر انصاف البطليوسي (ص٩٥) .

(٣) سورة البقرة : ٢٣٣ ، وانظر انصاف البطليوسي (ص٩٤) .

(٤) انصاف البطليوسي (ص٩٥) وللنحويين في توجيه ذلك كلام انظره هناك .

نفس هداها)[١] وقوله :(ولو شاء ربك لامن من في الارض كلهم جميعا)[٢] . ومنه قول العرب : لو جاء زيد لاكرمته .

فصورته صورة كلام موجب ـ بالفتح ـ لا نه ليس فيه اداة من ادوات النفي ، وهو منفي في المعنى ، لا نه لم يقع المجيء ولا الاكرام ، فاذا دخل عليه حرف النفي ، فقيل : لولم يشتمني زيد لم اضربه ، صارت صورته صورة المنفي ومعناه معنى الموجب[٣] .

(٥) ورود المدح في صورة الذم ، كقولهم : اخزاه الله ما اشعره ولعنه الله ما افصحه .

وقد رأى اعرابي ثوبا فقال : ماله محقه الله . فقال له ابن جني: لم تقول هذا ؟ فقال : انا اذا استحسنا شيئا دعونا عليه .

واصل هذا : انهم يكرهون ان يمدحوا الشيء فيصيبوه بالعين فيعدلون عن مدحه الى ذمه[٤] .

(٦) ورود الذم في صورة المدح ، كقوله تعالى : (قالوا ياشعيب اصلاتك تأمرك ان نترك مايعبد آباؤنا او ان نفعل في اموالنا مانشاء انك لانت الحليم الرشيد)[٥] .

(٧) استعمال التقليل فيما هو كثير حقيقة كقوله تعالى : (ربما يود

---

(١) سورة السجدة : ١٣

(٢) سورة يونس : ٩٩

(٣) انصاف البطليوسي (ص٩٧) .

(٤) نفس المرجع (ص١٠٤) والتي تليها .

(٥) سورة هود : ٨٧

الذين كفروا لو كانوا مسلمين)[١] وهذا موضع ينبغي ان نكثر فيه الندامة لا ان تقل ، والمراد : ان الندامة لو كانت قليلة لوجب ان يتجنب مايؤدى اليها[٢] .

(٨) ورود التكثير بصورة التقليل كقولهم : رب رجل عالم قد لقيت فتقلل من لقيت من العلماء تواضعا ، ليكون اجل لك فى النفوس[٣].

(٩) ورود الواجب بصورة الممكن ، كقوله تعالى : (عسى ان يبعثك ربك مقاما محمودا)[٤] وهنا واجب ثابت له صلى الله عليه وسلم والعرب تفعل مثل هذا تحريرا للمعانى واحتياطا عليها[٥].

(١٠) ورود الممتنع بصورة الممكن ، كقول الرجل الذى لم يعمل خيرا قط ، لما دنا منه اجله ، قال لاهله : اذا انا مت فاحرقونى ، ثم اذروا رمادى فى اليم ، فلعلى اضل الله ، فوالله لئن قدر الله على ليعذبنى عذابا شديدا[٦] .

---

(١) سورة الحجر : ٢

(٢) انظر انصاف البطليوسي (ص١٠٦) .

(٣) نفس المرجع .

(٤) سورة الاسراء : ٧٩

(٥) انصاف البطليوسي (ص ٩٩) .

(٦) رواه مسلم (٤ : ٢١٠٩) كتاب التوبة ، باب سعة رحمة الله تعالى وانها سبقت غضبه . رقم ٢٥ عن ابى هريرة مرفوعا : اسرف رجل على نفسه ، فلما حضره الموت اوصى بنيه فقال : اذا انا مت فاحرقونى ثم اسحقونى ثم اذرونى فى الريح فى البحر ، فوالله لئن قدر على ربى ليعذبنى عذابا ماعذبه احدا ، قال ففعلوا ذلك

فهو هاهنا قد اخرج ماقد تحقق انه لا يكون مخرج مايرجى ان يكون تعللا بذلك واستراحة اليه[١].

(١١) ايقاع ادوات المعانى على السبب ومرادهم المسبب - باسم المفعول - تارة، وتارة يوقعونها على المسبب ومرادهم السبب وانما يفعلون ذلك لتعلق احدهما بالاخر.

مثال الاول : قوله تعالى : (فلا تموتن الا وانتم مسلمون)[٢] فاوقع النهي على الموت لانه السبب الذى من اجل توقعه وخوفه يلزم الانسان ان يستعد لوروده، ويتأهب له بصالح العمل.

ومثال الثاني : (فما تنفعهم شفاعة الشافعين)[٣] وليس المراد اثبات شفاعة غير نافعة، لانه لا شفاعة هناك فى الحقيقة، فاوقع النفى على المنفعة التى هى المسبب، ومراده تعالى الشفاعة التى هى السبب، فكأنه قال : فما تكون شفاعة فتكون منفعة[٤].

= به، فقال للارض : ادى ما اخذت، فاذا هو قائم، فقال له : ماحملك على ماصنعت ؟ فقال : خشيتك يارب. او قال : مخافتك، فغفر له بذلك. ا.هـ

(١) انظر الانصاف للبطليوسى (ص ٩٩، ١٠١).

(٢) سورة البقرة : ١٣٢

(٣) سورة المدثر : ٤٨

(٤) الانصاف للبطليوسى (ص ١٠٨) والتى تليها.

المبحث الثالث : في الخلاف العارض من جهة الافراد والتركيب(١)

وذلك ان الاية ربما وردت ملاحظا فيها معنى معينا ، وورد تمام ذلك المعنى في آية اخرى ، ومثل ذلك يقال في الاحاديث .

وهنا يختلف الفقهاء ، فربما اخذ بعضهم بمفرد الاية ، او بمفرد الحديث ، وبعضهم الاخر يبني قياسه على جهة التركيب بين الايات والاحاديث اعني انه يجمع بينها ، وعندئذ يختلفون ، فربما احل احدهما مايحرمه الاخر .

مثال ذلك : اختلافهم في مسألة البيع بشرط وتسمى بيع الثنيا .

فذهب ابو حنيفة : الى فساد البيع والشرط معا(٢). ومحله : اذا كان فيه منفعة لاحد المتعاقدين والا بان لم يكن فيه منفعة لاحد فالشرط باطل والبيع صحيح(٣).

وذهب ابن شبرمة الى جوازهما ، واما ابن ابى ليلى : فذهب الى جواز البيع وفساد الشرط(٤)، وفصل مالك في الشروط : فمنها مايوجب بطلان البيع والشرط ومنها مايصح معه البيع والشرط ، ومنها مايصح معه البيع دون الشرط(٥).

---

(١) اتحاف المتقين (٢ : ٢٩٢) ، وذكره في الموافقات ايضا (٤ : ١٥١) الانصاف للبطليوسي (ص١١٣) .
(٢) المبسوط (١٣ : ١٣) .
(٣) انظر المبسوط (١٣ : ١٥) .
(٤) انظر قوليهما في المبسوط ايضا (١٣ : ١٣) .
(٥) انظر القوانين (ص٢٨) .

واقرب مثال لذلك ماحكاه عبد الوارث بن سعيد[1] قال : حججت فدخلت بمكة على ابى حنيفة ، وسألته عن البيع بالشرط ، فقال : باطل فخرجت من عنده ودخلت على ابن ابى ليلى وسألته عن ذلك ، فقال البيع جائز والشرط باطل ، فدخلت على ابن سيرين وسألته عن ذلك فقال البيع جائز والشرط جائز .

فقلت : هؤلاء من فقهاء الكوفة وقد اختلفوا على فى هذه المسألة كل الاختلاف فعجزنى ان اسأل كل واحد منهم عن حجته .

فدخلت على ابى حنيفة فاعدت السؤال عليه ، فاعاد جوابه فقلت : ان صاحبيك - ابن سيرين وابن ابى ليلى - يخالفانك ، فقال لا ادرى ماقالا ، حدثنى عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده رضى الله تعالى عنهم ان النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع وشرط .

فدخلت على ابن ابى ليلى فقلت له مثل ذلك ، فقال : لا ادرى ما قال ، حدثنى هشام بن عروة عن ابيه عن عائشة رضى الله تعالى عنها انها لما ارادت ان تشترى بريرة رضى الله عنها ابى مواليها الا بشرط ان يكون الولاء لهم ، فذكرت ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : اشترى واشترطى لهم الولاء ، فان الولاء لمن اعتق ، ثم خطب رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : مابال اقوام يشترطون شروطا ليست فى كتاب الله ، كل شرط ليس فى كتاب الله فهو باطل ، كتاب الله

---

(١) ذكره بتمامه فى المبسوط (١٣ : ١٣) .

احق وشرط الله اوثق ، والولاء لمن اعتق .

فدخلت على ابن شبرمة وقلت له مثل ذلك ، فقال : لا ادرى مـــا قالا ، حدثني محارب بن دثار عن ابي الزبير عن جابر بن عبد اللــــه الانصارى رضى الله تعالى عنهم ان النبي صلى الله عليه وسلم اشـــترى منه ناقة في بعض الغزوات وشرط له ظهرها الى المدينة .

المبحث الرابع : في الخلاف العارض من جهة العموم والخصوص[1]

وايضا فان مما يؤدى الى نشوب الخلاف بين الفقهاء ، وجود لفظة في النص تحمل معنى العموم، فيختلف الفقهاء فيها ، هل هي من العام الذى يراد به الخاص، او من العام المراد به العام، او وجود لفظة تحمل معنى الخصوص، فيختلف الفقهاء فيها ، هل هي من الخاص الذى اريد به العام، او من الخاص الذى اريد به الخاص .

وثمة نوع آخر من الاختلاف في العموم والخصوص، وهو اختلافهم في تركيب نصين احدهما عام والاخر خاص، فايهما يحمل على الاخر ويقضى به عليه ، هل يقضى بالخاص على العام، او بالعام على الخاص فيعمل بعضهم بهذا ، وبعضهم بذاك ، فينشأ الخلاف بينهم[2] .

---

(١) انظر الاتحاف (٢ : ٢٩٢) ، بداية المجتهد (١ : ٦) ، الانصاف للبطليوسى (ص ١٤٥) .

(٢) ذكر هذا النوع ايضا الاتحاف (٢ : ٢٩٢) ، وانظر الانصاف للبطليوسى (ص ١٤٩) والتى تليها .

المبحث الخامس : في الخلاف العارض من جهة الرواية[1]

والذى يعترى الرواية من العوارض الموجبة لاختلاف العلماء في العمل بها او عدمه، امور[2] :

اولها : فساد الاسناد . كأن يكون فى سند الحديث راو ضعيف الحفظ او الضبط او العدالة ، او متهما بالكذب ونحو ذلك من الاوصاف التي توجب نزول الحديث عن رتبة الصحيح الى الضعيف او الموضوع . والعلماء يختلفون في توفر هذه الصفات فى الرواة ، او انعدامها فيهم ، فينشأ عن ذلك اختلافهم بالعمل بالحديث .

ثانيها : من جهة نقل الحديث بالمعنى ، فان الراوى اذا نقل الحديث عن النبي صلى الله عليه وسلم بالمعنى يولد في نفس الفقيه احتمال ان يكون مراد النبي صلى الله عليه وسلم غير ما اداه اليه اجتهاد الراوى ، فربما فهم من النص معنى الوجوب ، والحال انه يمكن ان يحمل او يراد به الاستحباب ، او العكس ، ومن هناك وقع الاختلاف بين اهل العلم في جواز رواية الحديث بالمعنى وعدمها والذين اجازوا الرواية بالمعنى اشترطوا لتفادى خطأ الراوى فى المعنى ان يكون فقيها ، لان من كان كذلك يؤمن منه الوقوع في مثل ذلك اللبس .

---

(١) انظر الاتحاف (٢ : ٢٩٢) ، الانصاف للبطليوسى (ص ١٥٧) .

(٢) ذكر رؤوسها في الاتحاف (٢ : ٢٩٢) وكذا البطليوسى في الانصاف (ص ١٥٧) .

ثالثها : من جهة الاختلاف في اعراب الحديث، فان المعنى كثيرا ما يتوقف على معرفة اعراب الكلمة او الجملة ، وبدون ذلك يقع اللبس في المعنى المقصود منه .

مثاله : قوله صلى الله عليه وسلم : (لا يقتل - بالبناء للمجهول - قرشي صبرا بعد اليوم)[1] . اذا جزمت اللام في (يقتل) كان بمعنى النهي ، واذا ضممت كان بمعنى الاخبار .

رابعا : من جهة التصحيف او التحريف[2] .

وهو على انواع اربعة[3] :

النوع الاول : تصحيف في المعنى ، مثاله : ماذكره الدارقطني ان ابا بكر الصولي املى في الجامع حديث ابى ايوب مرفوعا : (من صام رمضان واتبعه شيئا من شوال) بالشين المعجمة والياء المثناة من تحت[4] .

ومثله ايضا : قول وكيع بن الجراح في حديث معاوية : لعن

---

(١) رواه مسلم (٣ : ١٤٠٩) كتاب الجهاد باب لا يقتل قرشي صبرا بعد الفتح ، رقم ٨٨ .

(٢) اما التصحيف في الكلمة:فتغيير النقط فيها مع بقاء صورتها . واما التحريف:فتغيير يطرأ على بنية الكلمة بتغيير حرف او اكثر فيها هذا عند الحافظ ابن حجر، واما المتقدمون فيجعلونهما بمعنى. انظر الباعث الحثيث (ص١٧٢) .

(٣) انظر الاتحاف (٢ : ٢٩٢) .

(٤) توضيح الافكار(٢ : ٤٢٢) .

رسول الله صلى الله عليه وسلم الذين يشققون الحطب . بالحاء المهملة ، وانما هو بضم المعجمة . قال الصنعاني : وروى ان ابن شاهين صحفه كذلك وهو بجامع المنصور ، فقال بعض الفلاحين : كيف نعمل والحاجة ماسة ؟ يشير الى ان ذلك من حرفته .(١)

النوع الثاني : تصحيف في الاسناد .

مثاله : العوام بن مراجم ـ بالراء والجيم ـ القيسي يروى من ابي عثمان النهدى ، وروى عنه شعبة . صحف يحيى بن معين في اسم ابيه فقال : مزاحم ، بالزاى والحاء المهملة .(٢)

ويرجع السبب في التصحيف عامة وفي الاسماء خاصة الى عدم التلقى من افواه المشايخ(٣) ، لان الاسماء لا مدخل للعقل فيها . قال يحيى ابن سعيد الاموى : كان ابن اسحاق يصحف في الاسماء لانه انما اخذها من الديوان(٤) . ا.هـ

النوع الثالث : تصحيف في السماع(٥) .

وذلك بان يقع التحريف في بنية الاسم ، الا انه يبقى على وزنه لعدم تمكن الراوى من سماعه على حقيقته ، مثال ذلك : ان يقول الراوى:

---

(١) توضيح الافكار (٢ : ٤٢٢) ، الباعث الحثيث (ص ١٧٢) .

(٢) الباعث الحثيث (ص ١٧٢) .

(٣) انظر اختصار علوم الحديث (ص ١٤٥ ، ١٧٠) .

(٤) تصحيفات المحدثين (١ : ٢٦) .

(٥) ذكره في توضيح الافكار (٢ : ٤٢٢) .

واصل الاحدب، بدل عاصم الاحول . مثلا[١] .

النوع الرابع : تصحيف البصر وهو الاكثر[٢] .

ويقع ذلك عند النسخ ، مثاله : مارواه ابن لهيعة فى حديث احتجر رسول الله صلى الله عليه وسلم فى المسجد ، اى اتخذ لنفسه حجرة من خوص النخل فيه ، فقال : احتجم رسول الله صلى الله عليه وسلم فى المسجد[٣] .

وقد بلغ من خطر التصحيف ماحكاه السيوطى قال : قيل ان النصارى كفروا بلفظة اخطأوا فى اعجامها وشكلها ، قال الله فى الانجيل لعيسى عليه السلام :" انت نبيي ولدتك ـ بتشديد اللام المفتوحة ـ من البتول" فصحفوها وقالوا : انت بنيي ولدتك ـ بتخفيف اللام ـ من البتول[٤] . ا . هـ فكان الخلاف الكبير بين النطارى .

ولها فى الاسلام نظير، فان اول فتنة وقعت فى الاسلام كان سببها التصحيف ايضا ، ذلك ان عثمان بن عفان رضى الله عنه كتب للذى ارسله اميرا الى مصر :" اذا جاءكم فاقبلوه" . فصحفت عليه وكتبت : فاقتلوه[٥] . فكان من الفتنة بعدها ان حوصر هو وقتل ثم نشبت الحوب بين المطالبين بدمه والمبايعين لطي من بعده. وماجر

---

(١) انظر الباعث الحثيث (ص١٧٣) .

(٢) انظر توضيح الافكار (٢ : ٤٢٢) ، الباعث الحثيث (ص١٧٣) .

(٣) نفس المصدر .

(٤) مقدمة تصحيفات المحدثين (١ : ٢٣) .

(٥) انظر نفس المرجع، نقلا عن السيوطى ايضا .

اليه ذلك من الخلاف والبلاء .

خامسا : من جهة اسقاط شيء من الحديث لا يتم المعنى الا به ، مثاله [١] : ماروى عن ابن مسعود حين سئل عن حضوره ليلة الجن مع النبي صلى الله عليه وسلم فقال : ماشهدها منا احد . وماروى عنه انه رأى قوما من الزط فقال : هؤلاء اشبه من رأيت بالجن ليلة الجن فالاول يدل على انه لم يشهدها والثاني على انه شهدها وانما اوجب هذا التعارض اسقاط بعض الرواة لفظة (غيرى) من الحديث الاول: ماشهدها منا احد غيرى .

سادسها : ان ينقل المحدث الحديث ويغفل عن نقل السبب الموجب له ، لان ذكر السبب كثيرا مايعين على فهم المراد منه . لقوة علاقة الحكم فيه بسببه . ويقطع ماقد يرد على معناه من احتمال ، وبدون ذلك ينشأ الخلاف في معناه .

مثاله : حديث (ان الله خلق آدم على صورته) وسببه ان النبي صلى الله عليه وسلم مر برجل يضرب عبده ويقول : قبح الله وجهك ووجه من اشبهك . فقال صلى الله عليه وسلم ذلك [٢] .

سابعها : ان يسمع المحدث بعض الحديث ويفوته بعضه . اى واذا رواه ، رواه على ماسمع ، فيعمل به بعض الفقهاء ، ويعمل

---

(١) ذكره البطليوسي في الانصاف (ص ١٧٨) .

(٢) ذكره البطليوسي في الانصاف (ص ١٧٩) وذكر اقوالا اخرى في الصفحة التي تليها .

البعض الاخر منهم برواية من رواه كاملا ، فيقع الاختلاف .

مثاله : رواية ابى هريرة مرفوعا : ان يكن الشؤم ففى ثلاث الدار والمرأة والفرس . فسمعت عائشة ذلك وانكرته وقالت انما قال صلى الله عليه وسلم :كان اهل الجاهلية يقولون : ان يكن...[1] الخ .

ثامنها : نقل الحديث من الصحف دون لقاء الشيوخ . وذلك سبب فى الوقوع فى التحريف والتصحيف ، قال ابن كثير :" فقد وقع من ذلك شيء كثير لجماعة من الحفاظ وغيرهم ممن ترسم بصناعة الحديث وليس منهم .... - قال - : واكثر مايقع ذلك لمن اخذ الصحف ، ولم يكن له شيخ حافظ يوقفه على ذلك"[2] . ا. هـ

وبالجملة فان الحديث تعرض له علل فتحيل معناه ، فربما اوهمت فيه معارضة بعضه ببعض، وربما ولدت فيه اشكالا يحوج العلماء الى طلب التأويل البعيد، كما قال المرتضى الزبيدى[3] .

---

(١) ذكره البطليوسى ايضا (ص١٨٧) .

(٢) اختصار علوم الحديث (ص١٧٠) .

(٣) انظر قوله هذا فى الاتحاف (٢:٢٩٢) .

المبحث السادس : في الخلاف العارض من قبل الاجتهاد والقياس [1]

وهذا الخلاف على نوعين :

النوع الاول : الخلاف الواقع بين المنكرين للقياس وهم الظاهرية والشيعة وبعض المعتزلة والنظام ، وبين القائلين به وهم الجمهور. ولكل من الطرفين حجج وبراهين يؤيد بها مسلكه ، اوردها البدخشي [2] والاسنوى [3] في شرحيهما على منهاج الوصول في علم الاصول للبيضاوى . كما ان ابن حزم قتل المسألة بحثا في الاحكام لاصول الاحكام . وفعل مثل ذلك الشيخ ابن قيم الجوزية في كتابه : اعلام الموقعين عن رب العالمين .

النوع الثاني : خلاف يعرض بين اصحاب القياس في قياسهم حيث يختلفون في تحقق شروط القياس في هذه المسألة او عدمه ، فينتج عنه اختلافهم في حكم المسائل الفقهية المجتهد فيها .

---

(١) الاتحاف (٢ : ٢٩٢) ، الانصاف للبطليوسي (ص١٩٣) .

(٢) في كتابه مناهج العقول (٣ : ٨) .

(٣) في كتابه نهاية السول (٣ : ٨) .

المبحث السابع : في الخلاف العارض من قبل النسخ[1]

وهذا ايضا على نوعين :

النوع الاول : خلاف يعرض بين من انكر النسخ اصلا ، كاليهود من الامم السابقة وابي مسلم عمرو بن يحيى الاصبهاني من امتنا الاسلامية[2] .

وان كان ابن الحاجب يعتبر الخلاف مع ابي مسلم خلافا لفظيا لان ابا مسلم " يجعل ماكان مغيا في علم الله تعالى ، كما هو مغيا باللفظ ويسمي الجميع تخصيصا ، ولا فرق عنده بين ان يقول : واتموا الصيام الى الليل ، وان يقول : صوموا مطلقا . وعلمه محيط بانه سينزل لا تصوموا وقت الليل . والجماعة ـ اي الجمهور ـ يجعلون الاول تخصيصا والثاني نسخا"[3] .

النوع الثاني : خلاف يعرض بين القائلين بالنسخ ، وهذا على ثلاثة اقسام[4] :

---

(١) الاتحاف (٢ : ٢٩٢) ، الانصاف للبطليوسي (ص١٩٧) .

(٢) التبصرة (ص٢٥١) والتي تليها .

(٣) نفس المرجع بالهامش رقم (٢) نقلا عن رفع الحاجب ، الجزء الثاني الورقة الثانية والثلاثين بعد المائة ، الصفحة اليسرى منها والكتاب لازال مخطوطا .

(٤) ذكر رؤوسها في الاتحاف (٢ : ٢٩٢) ، والانصاف للبطليوسي (ص١٩٧) .

القسم الاول : اختلافهم فى : هل يدخل النسخ فى الاخبار كما يدخل فى الامر والنهى ام لا ؟ فالجمهور لا يجيزونه فيها سواء كانت ماضية او مستقبلة ، لان جوازه فيها يستلزم الكذب[١] . وذهب الامام الفخر الرازى والامدى الى جوازه فيها مطلقا ، ماضية كانت او مستقبلة وعدا او وعيدا ، ومحل جوازه فيها : اذا كان مدلولها مما يتغير[٢] ، لقوله تعالى (يمحو الله مايشاء ويثبت)[٣] وقوله تعالى (ان لك ان لا تجوع فيها ولا تعرى)[٤] مع قوله (فبدت لهما سوآتهما)[٥] . واجيب : ان معنى يمحو الله مايشاء ، ينسخ مايستصوبه ويتركه غير منسوخ ويثبت بدله ماتقتضى حكمته تعالى اثباته . واجيب عن الاية الثانية بانها من باب المطلق والمقيد ، اى انه لا يظمأ فيها ولا يعرى بشرط ان لا يخالف الامر[٦] .

القسم الثانى : اختلافهم فى : هل يجوز ان تنسخ السنة القرآن ام لا ؟ فذهب داود وابن حزم الظاهريان الى جواز نسخ القرآن بالسنة مطلقا ، سواء كانت متواترة او آحادا ، مادام النص صحيحا[٧]

---

(١) انظر تيسير التحرير (٣ : ١٩٦) .

(٢) نفس المصدر .

(٣) سورة الرعد : ٣٩

(٤) سورة طه : ١١٨

(٥) سورة طه : ١٢١

(٦) انظر تيسير التحرير (٣ : ١٩٦) .

(٧) انظر الاحكام لابن حزم (٤ : ٦١٢) .

لان الكل من عند الله لقوله تعالى (وماينطق عن الهوى ان هو الا وحي يوحى)[١] وقوله : (مانسخ من آية او ننسها نأت بخير منها او مثلها)[٢] فقد يكون في السنة ماهو خير من المنسوخ في الثواب .

وذهب جمهور الفقهاء الى جواز نسخ القرآن بالسنة المتواترة فقط[٣] . لان القرآن متواتر والسنة المتواترة مثله في الرتبة فيجوز ان ينسخ بها ، وبه يقول ابن سريج الا انه قال: انه لم يقع في الشرع[٤] .

وذهب الشيخ ابو اسحاق تبعا للامام الشافعي الى انه لا ينسخ بها مطلقا ، سواء كانت متواترة او آحادا[٥] . لقوله تعالى : (مانسخ من آية او ننسها نأت بخير منها او مثلها)[٦] فاخبر تعالى انه لاينسخ آية الا بمثلها او بخير منها ، والسنة ليست مثل القرآن ، ولا هي خير منه فوجب ان لا يجوز نسخ القرآن بها مطلقا .

القسم الثالث : اختلافهم في اشياء من القرآن والحديث فيذهب بعض اهل العلم الى انها منسوخة ، ويخالفهم البعض الاخر فيقول

---

(١) سورة النجم : ٣

(٢) سورة البقرة : ١٠٦

(٣) انظر التبصرة (ص٢٦٥) .

(٤) نفس المصدر (ص٢٦٤) ، تيسير التحرير (٣ : ٢٠٢) .

(٥) انظر التبصرة (ص٢٦٥) .

(٦) سورة البقرة : ١٠٦

انها لم تنسخ فيقع الخلاف بينهم . ويمكن الوقوف على ذلك في الكتب المصنفة في ناسخ القرآن ومنسوخه ، والتي كتب فيها كل من : ابى عبيدة القاسم بن سلام وابى داود السجستاني وابى جعفر النحاس وابن الانباري ومكي وابن العربي وغيرهم كما قال القنوجي [1] .

وفي ناسخ الحديث ومنسوخه كتب، منها كتاب الاعتبار في بيان الناسخ والمنسوخ من الاثار، للامام ابى بكر محمد بن موسى الحازمي المتوفي سنة ٥٨٤هـ [2] . وللشافعي في هذا الفن يد طولى ، فقد قال الامام احمد لابن راوة وقد قدم من مصر : كتبت كتب الشافعي ؟ قال لا . قال : فرطت ، ماعلمنا المجمل من المفسر، ولا ناسخ الحديث من منسوخه حتى جالسنا الشافعي [3] . ا . هـ

وقد بلغ من خطورة معرفة ناسخ الحديث ومنسوخه ان قال الزهرى : اعيا الفقهاء واعجزهم ان يعرفوا ناسخ الحديث من منسوخه [4] . ا . هـ ولذلك اشتد فيه خلافهم، وتباينت به مذاهبهم .

---

(١) قاله في ابجد العلوم (٢ : ٥١١) .

(٢) وقد طبع في حيدر اباد وحلب ومصر، وآخرها في حمص بسوريا في مطبعة الاندلس بتحقيق راتب حاكمي ١٣٨٦هـ/١٩٦٦م الطبعة الاولى .

(٣) الباعث الحثيث (ص ١٦٩) .

(٤) نفس المصدر .

المبحث الثامن : الخلاف العارض من جهة الاباحة والتوسيع (١)

مثال ذلك : اختلاف الفقهاء في الفاظ الاذان ، والتكبير على الجنائز، وتكبير التشريق ، والقراءات السبع ونحو ذلك .

فهذا هو مجمل الاسباب الخاصة التي نشب بها الخلاف بين الائمة ، اسباب علمية بحتة ، لاميل فيها لهوى متبع، ولالسلطان فات عنهم فيسترجعونه به ، بل كانوا جميعا متفقين على وجوب اتباع النبي صلى الله عليه وسلم " ولكن اذا وجد لواحد منهم قول قد جاء حديث صحيح بخلافه فلابد له من عذر في تركه" (٢) وانما حصل التبديل والتغيير من تحويل الخلاف الى فرقة وفساد بفعل اتباع المذاهب ضيقي العطن .

---

(١) الاتحاف (٢ : ٢٩٣) ، الانصاف للبطليوسي (ص٢٠١) .

(٢) فتاوى ابن تيمية (٢٠ : ٢٣٢) .

المطلب الثاني : في مؤلفات اسباب الخلاف

وفي ختام الكلام على اسباب الخلاف ، اذكر عددا من الكتب المؤلفة فيه ، كي يكون ذلك عونا لمن اراد الوقوف على مزيد من الاطلاع فيه ، فمن ذلك :

(١) اسباب اختلاف الفقهاء . للشيخ عبد الله بن عبد المحسن التركي مدير جامعة الامام محمد بن سعود الاسلامية [(١)] .

(٢) اسباب اختلاف الفقهاء . للشيخ على الخفيف [(٢)] .

(٣) اسباب الخلاف الواقع بين الملة الحنيفية . للامام ابى محمد عبد الله بن محمد المعروف بابن السيد البطليوسي ، المتوفى سنة ٥٢١ هـ . أوله : الحمد لله مسبغ النعم ... الخ [(٣)] .

(٤) الانصاف في اسباب الخلاف . للشيخ احمد بن عبد الرحيم الشهير بشاه ولى الله الدهلوى الحنفي المتوفى سنة ١١٨٠ هـ وهو مطبوع متداول . وقد استل من كتاب حجة الله البالغة للمؤلف ، تحت عنوان : باب اسباب اختلاف الصحابة والتابعين في الفروع . يبتدئ من الصفحة الاربعين بعد المائة ، الى الثانية والستين بعدها ، فيه .

---

(١) وهو مطبوع بالرياض . انظر ثبت المراجع .

(٢) مطبوع ايضا .

(٣) الكشف (١ : ٧٥) .

(٥) الانصاف في التنبيه عن الاسباب التي اوجبت الاختلاف بين المسلمين في آرائهم . لابي محمد عبدالله بن محمد بن السيد البطليوسي[1] المتوفى سنة ٥٢١هـ[2]. وربما كان هو عين كتاب اسباب الخلاف، له في رقم (٣) ، ولعل صاحب الكشف قد اختصر العنوان . وكاتبه من علماء الاندلس . وقد لخصه المرتضى الزبيدي في كتاب اتحاف السادة المتقين بشرح احياء علوم الدين[3].

(٦) تخريج الفروع على الاصول . للامام محمود بن احمد بن محمود بن بختيار، ابو المناقب شهاب الدين الزنجاني المتوفى سنة ٦٥٦هـ وهو مطبوع متداول . والمؤلف شافعي المذهب .

(٧) التمهيد في تخريج الفروع على الاصول . للامام جمال الدين ابي محمد عبدالرحيم بن الحسن الاسنوي الشافعي، المتوفى سنة ٧٧٢هـ . وهو مطبوع متداول ، حققه الاستاذ محمد حسن هيتو.

(٨) التنبيه على الاسباب الموجبة للخلاف بين المسلمين ، لابي محمد عبدالله بن محمد بن السيد البطليوسي المتوفى سنة ٥٢١هـ لعله

---

(١) يوجد منه نسخة في مركز البحث العلمي واحياء التراث بجامعة ام القرى برقم ٩٤ . مصور عن الخزانة العامة بالرباط في المغرب برقم ٩٥١ . الاوراق : ٤٠ . الاسطر : ٢١ .
وقد طبع الكتاب مرتين : الاولى سنة ١٩٧٢م والثانية ١٩٨٣م ، بدار الفكر بدمشق .

(٢) الاعلام (٤ : ١٢٣) .

(٣) انظر الاتحاف (٢ : ٢٩١) ومابعدها .

هو عين الثالث، لكن حصل تصرف في العنوان ، فحمل ذلك صاحب الكشف على ذكره في حرف التاء مع النون[١] .

(٩) رسالة في سبب اختلاف الامة . لمحمد حيده السندى المدني[٢] .

(١٠) رفع الخلاف ببيان اسباب الائتلاف . للشيخ اسحاق بن يوسف بن متوكل على الله اسماعيل الحسني[٣] . المتوفى سنة ١١٧٣هـ . من علماء صنعاء اليمن ، زيدى المذهب ، ولم يكن يتعصب لمذهبه كما قال الزركلي[٤] .

(١١) رفع الملام عن الائمة الاعلام ، لشيخ الاسلام تقي الدين احمد بن عبد الحليم بن تيمية الحنبلي المتوفى سنة ٧٢٨هـ . اوله : الحمد لله على آلائه[٥] . . . . الخ .

وقد سماه حاجي خليفة في موضع آخر : دفع الملام . بالدال المهملة . والكتاب مطبوع متداول . ويوجد كاملا في مجموع فتاوى ابن تيمية في المجلد العشرين .

الى غير ذلك من الكتب المصنفة في هذا الموضوع، ذى الاهمية

---

(١) انظر كشف الظنون (١ : ٤٨٨) .

(٢) منه نسخة في المركز رقم ١ / ٩٦ مجاميع ـ فقه .

(٣) توجد منه نسخة في المركز برقم ٣ / ٦٩٤ مجاميع ـ فقه .

(٤) انظر الاعلام (١ : ٢٩٧) .

(٥) الكشف (١ : ٩١١) .

البالغة ، حيث الامة الاسلامية في وقتها الراهن ، في اشد ماتكــــون
من الحاجة الى ازالة اسباب الخلاف بينها ، ومد جسور الوحـــــــدة
الاسلامية في جميع ارجاء الامة ، لتتمكن بها من الحفاظ على كيانهـــا
ووجودها على اساس الدين وحده .

الفصل السادس

مؤلفات علم الخلاف

وعهود الإهتمام بها عبر القرون

ويتكون من مطلبين :

المطلب الأول : في مؤلفات علم الخلاف

المطلب الثاني : في بيان عهود الإهتمام

بالتأليف في علم الخلاف عبر القرون

المطلب الاول : في مؤلفات الخلاف

لقد استعرضت كشف الظنون وايضاح المكنون ، وتتبعت مخطوطات مركز البحث العلمي ، لاستخراج ثبت شامل لمؤلفات الخلاف ، فالفيتهـا اكثر من مائة وخمسين كتابا في هذا الموضوع، ولئن ند عني منها شيء لم اذكره ، فسيكون يسيرا ، والله اعلم .

وسأوردها على ترتيب حروف المعجم ، بادئا باسم الكتاب، فالمؤلف مع ذكر سنة وفاته ، ليتبين لنا بها في اى القرون ازداد الاهتمام بهـذا العلم، وفي ايها ضعف . كما سافرد اسماء المؤلفين وسنة وفياتهـم مراعيا في تسلسل الاسماء الترتيب الزمني ، للاعانة على امكانية رسـم خط بياني يمكن الوقوف من خلاله على ادوار علم الخلاف عبر التاريخ .

وابدأ بذكر المصنفات فيه ، فاقول وبالله التوفيق :

(١) اجماع الائمة الاربعة واختلافهم ، للوزير عون الدين يحيى بـن هبيرة المتوفى سنة ٥٦٠ هـ .(١)

(٢) الاجماع والاختلاف . لابن هبيرة الوزير يحي بن محمد الشيباني الحنبلي المتوفى سنة ٥٦٠ هـ .(٢) وربما كان عين الكتاب الاول الاان

---

(١) في مركز البحث العلمي في جامعة ام القرى ، برقم (٤٤) مصور عن مكتبة حسن حسني عبد الوهاب برقم (١٨٠٦٤) . الاوراق : (٢٤١) الناسخ: احمد بن محمد دلاق . تاريخ النسخ : ١٢٤٤ هـ . الاسطر (٢١) .

(٢) كشف الظنون (٢ : ١٣٨٥) .

العنوان مختصر.

(٣) الاجماع والاشراف في اختلاف العلماء . لابي بكر محمد بن ابراهيم بن المنذر النيسابوري ، المتوفى سنة ٣١٨هـ .[1]

(٤) الاختلاف . للشيخ ابي اسحاق ابراهيم بن جابر المروزي الشافعي ، المتوفى سنة ٣١٠هـ .[2]

(٥) اختلاف الائمة رحمة للامة . للملا ملك .[3]

(٦) اختلاف ابي حنيفة وابن ابي ليلى .

(٧) اختلاف ابي حنيفة والاوزاعي ، ويسمى ايضا سير الاوزاعي .

(٨) اختلاف الشافعي مع محمد بن الحسن . ويسمى ايضا كتاب الديات.

(٩) اختلاف الشافعي مع مالك .

وهذه الكتب الاربعة الاخيرة من ضمن كتاب الام ، الذي جمع فيه البويطي ثم الربيع المرادي ، قول الامام الشافعي . وهو مطبوع . انظره في قائمة المراجع .

(١٠) اختلاف اصول المذاهب . لابي حنيفة النعمان بن عبد الله الامامي ، الفه لنصرة المذهب .[4]

---

(١) المرجع السابق .

(٢) الكشف (٢ : ١٣٨٦) .

(٣) في المركز برقم (٧٨) مصور عن المكتبة الاحمدية مع تعليقات كثيرة في حواشيه ، برقم (٥٤٨) . الاوراق : (١٣٤) . الاسطر : (١٩) .

(٤) الكشف (١ : ٣٢) ، الايضاح (٣ : ٤٨) وسماه : اختلاف الفقهاء .

(١١) اختلاف زفر ويعقوب . لبعض الفقهاء ، وله مختصر ذكره الكشي في مجموع النوازل[١] .

(١٢) اختلاف الصحابة والتابعين ومن بعدهم من الائمة المجتهدين للامام محمد بن تسترى بن محمود المروزى[٢] .

(١٣) اختلاف العلماء . ليحيى بن هبيرة بن محمد بن هبيرة الشيبانى الوزير المتوفى سنة ٥٦٠هـ . ولا زال مخطوطا في خزانة بغداد لوهبي افندى . رقم ٤١١ عمومي[٣] .

(١٤) اختلاف العلماء ، ويقال له : اختلاف الروايات . لابي جعفر احمد بن محمد الطحاوى الحنفي المتوفي سنة ٣٢١هـ . في مائة ونيف وثلاثين جزءا .

وقد اختصره الامام ابو بكر احمد بن على الجصاص الحنفي المتوفى سنة ٣٧٠هـ[٤] .

(١٥) اختلاف العلماء . لابي بكر الطبرى الحنفي[٥] .

---

(١) المرجع السابق .

(٢) في المركز برقم (٣٠٢) مصور من مكتبة معهد المخطوطات بجامعة الدول العربية برقم (١٧٤٧) . الناسخ : محمد كند عمر خليل بتاريخ سنة ٦٥٧هـ . الاوراق : (١٥٠) . الاسطر : (٢٦) .

(٣) الاعلام (٨ : ١٧٥) .

(٤) الكشف (١ : ٣٢) .

(٥) ايضاح المكنون (٣ : ٤٨) .

(١٦) اختلاف الفقهاء . للامام البيهقي[١] . ابي بكر احمد بن الحسين بن علي المتوفى سنة ٤٥٨هـ .

(١٧) اختلاف الفقهاء . لابي جعفر محمد بن جرير الطبري . المتوفى سنة ٣١٠هـ . ولم يذكر فيه مذهب احمد ، وعلل ذلك بقوله : لم يكن احمد فقيها انما كان محدثا . ا.هـ ولذلك رموه بعد موته بالرفض[٢] . والكتاب مفقود الا بعض الاجزاء ، وقد طبع ما وجد منه انظره في قائمة المراجع .

(١٨) اختلاف الفقهاء . لابي حنيفة النعمان بن محمد المغربي الشيعي[٣] . لعله هو الذي مر معنا في الرقم العاشر .

(١٩) اختلاف الفقهاء . لابي جعفر الطحاوي . المتوفى سنة ٣٢١هـ[٤] . وقد سبق في الرقم الرابع عشر . بعنوان : اختلاف العلماء .

(٢٠) الاختلافات الواقعة في المصنفات . لنجم الدين ابراهيم بن علي الطرسوسي الحنفي المتوفى سنة ٧٥٨هـ[٥] .

---

(١) في المركز برقم (٨٢) مصور من مكتبة سليم آغا ، برقم (٢٧٧) . الاوراق : (١٧٢) . فيها نقص في اولها وآخرها ، وفيها سقط وطمس ايضا ، الاسطر : (٢٥) .

(٢) الكشف (١ : ٣٣) .

(٣) ايضاح المكنون (٣ : ٤٨) .

(٤) الكشف (١ : ٣٢) .

(٥) الكشف (١ : ٣٣) .

(٢١) الاختيار في اختلاف ائمة الامصار . لابى محمد عبدالله بن ابى الوحش برى بن عبدالجبار المقدسي ثم المصرى . المعروف بابن برى اللغوى ، المتوفى سنة ٥٨٢هـ .(١)

(٢٢) الاركان ، في المذاهب الاربعة . للشيخ عبدالعزيز الديرى الشاذلي المتوفى سنة ٦٩٧هـ . ذكر فيه الاعتقاد ، ثم العمل على المذاهب .(٢)

(٢٣) الاساليب في الخلافيات . في مجلدين ، لابى المعالى عبدالملك ابن عبدالله الجوينى المعروف بامام الحرمين المتوفى سنة ٤٧٨هـ ذكر فيه الخلاف بين الحنفية والشافعية . ووجه التسمية : انه اذا اراد الانتقال في اثناء الاستدلال الى دليل آخر، اورده بقوله اسلوب آخر . وتبعه الغزالى في كتابه المسمى بالمأخذ .(٣)

(٢٤) الاستذكار لمذاهب فقهاء الامصار وعلماء الاقطار . لابى عمر يوسف بن عبدالله بن عبدالبر النمرى القرطبى . المتوفى سنة ٤٦٣هـ .(٤)

---

(١) ايضاح المكنون (٣ : ٤٩) .

(٢) الكشف (٢ : ١٣٨٩) .

(٣) الكشف (١ : ٧٥) .

(٤) في المركز برقم (٤٨٧) مصور عن المكتبة المتوكلية اليمنية بالجامع الكبير بصنعاء ، برقم (٣٣٤) حديث . الناسخ : احمد بن فتح ابن حماد ، خط اندلسي قديم . الاوراق : (١٦٦) . الاسطر (٢٧) .

(٢٥) الاسماء والقبائل في اختلاف العراقيين . للامام محمد بن ادريس الشافعي المتوفي سنة ٢٠٤هـ . يذكر فيها المسائل التي اختلف فيها ابو حنيفة وابن ابي ليلي ، فتارة يختار احداهما ويزيف الاخرى ، وتارة يزيفهما ويختار غيرهما ، وهو كتاب لطيف كذا في بعض طبقات الشافعية[١] .

(٢٦) الاشراف[٢] : لابي بكر محمد بن منذر النيسابوري الشافعي المتوفى سنة ٣٠٩هـ . قال الشيخ ابو اسحاق الشيرازي في طبقاته : صنف في اختلاف العلماء كتبا لم يصنف احد مثلها ، واحتاج الى كتبه الموافق والمخالف ، منها : كتاب الاشراف ، وهو كتاب كبير ، من احسن الكتب وانفعها[٣] . ا . هـ

(٢٧) الاشراف على مذاهب الاشراف . لابن هبيرة الحنبلي . المتوفى سنة ٥٥٥هـ وقيل سنة ٥٦٠هـ . يوجد في القاهرة ولندرا ونيوها فن[٤]

---

(١) الكشف (٢ : ١٣٩١) .

(٢) وتمام عنوانه كما في الكشف (١ : ١٠٣) : الاشراف على مذاهب الاشراف . وسماه في مقدمة اختلاف الفقهاء : الاشراف على مذاهب اهل العلم (ص٥) .

(٣) الكشف (١ : ٣٣) .

(٤) مقدمة اختلاف الفقهاء (ص٦) .

ويوجد في المركز برقم (١٦٧) مصور عن مكتبة احمد الثالث بتركيا برقم (١١٠٠) . الاوراق : (٣٦٥) . الاسطر : (٢٣) .

ولا زال مخطوطا فيما اعلم ، وكما ذكر في الاعلام (٨ : ١٧٥) .

(٢٨) الاشراف في تصحيح الخلاف . لمحمد بن ابى بكر بن منصور الاصبحي اليمنى الشافعي ، المتوفى سنة ٦٩١هـ .[1]

(٢٩) الاصطلام في الخلاف بين الامامين الشافعي وابى حنيفة . في جزئين . لابى المظفر منصور بن محمد السمعاني الشافعي المتوفى سنة ٤٨٩هـ .[2]

(٣٠) الاصل . للامام رضى الدين النيسابوري الحنفي ، اسمه : المؤيد ابن محمد بن علي الطوسي ، في ثلاث مجلدات . اخذ عنه الخلاف الولي العراقي ، وابو الفضل الطاوسي ، هو ابوالفضل ركن الدين العراقي بن محمد بن العراقي الشافعي ، المتوفى سنة ٦٠٠هـ . صاحب الطريقة في الخلاف. وركن الدين العميدى امام زاده . كذا في الجواهر.[3]

(٣١) الاعتضاد في الخلاف. للامام ابي حفص عمر بن محمد السرخسي الشافعي المتوفى سنة ٥٢٩هـ .[4]

---

(١) الكشف (١ : ٨٦) .

(٢) في المركز برقم (٤٢٣) مصور عن المكتبة الازهرية برقم (١٩٦٣) . الاوراق : (٢٤٧) . الاسطر : (٢٢) . ويوجد منه نسخة اخرى في الجامعة العربية بمصر. الاوراق : (٣٥٥) . الاسطر : (٢٢) . تاريخ النسخ سنة ٥١٩هـ . موجود في المركز ايضا برقم (٤٢٤) .

(٣) الكشف (٢ : ١١١٣) .

(٤) الكشف (١ : ١١٩) .

(٣٢) الاعتصام في الخلاف . لابي حفص السرخسي ايضا السابق ذكره.[١]

(٣٣) اعجاز الناظرين في الخلاف .[٢]

(٣٤) الافصاح عن معاني الصحاح . للوزير يحيي بن محمد بن هبيرة الوزير الحنبلي . المتوفي سنة ٥٦٠هـ . وهو مطبوع[٣] متداول .

(٣٥) الافصاح في عقد النكاح على المذاهب الاربعة . لحسين بن محمد المحلي الشافعي المتوفي سنة ١١٧٠هـ .[٤]

(٣٦) الاقتصاد في الاجماع والخلاف. للشيخ الامام محمد بن المنذر النيسابوري ، المتوفي سنة ٣١٨هـ .[٥]

(٣٧) الانتصاف في مسائل الخلاف . لابي سعيد محمد بن يحيي بن منصور النيسابوري ، المتوفي سنة ٥٤٨هـ .[٦]

---

(١) نفس المصدر .

(٢) الكشف (١ : ١٢١) .

(٣) الاعلام (٨ : ١٧٥) .

(٤) في المركز برقم (٤١٠) مصور عن مكتبة الوطنية بدمشق . الاوراق : (٢٩) . الاسطر : (٢٣) . الناسخ : عبد السلام بن علي التونسي المغربي . تاريخ النسخ : سنة ١١٨١هـ . وانظر تاريخ الوفاة في الاعلام (٢ : ٢٥٧) .
وتوجد منه نسخة اخرى في المركز ايضا برقم (٣٨٩) مصورة من المكتبة المولوية بحلب برقم (٣٢٨) . الاوراق : (٣٢) . الاسطر : (١٨) .

(٥) الكشف (١ : ١٣٥) .

(٦) الكشف (١ : ١٧٤) .

(٣٨) الانتقاء للمذاهب الثلاثة للعلماء، يعني ابا حنيفة والشافعي ومالك . للحافظ جمال الدين يوسف بن عبد الله بن عبد البر النمرى القرطبي المتوفى سنة ٤٦٣هـ .[١]

(٣٩) الانصاف فيما بين العلماء من الاختلاف . للحافظ ابى عمر يوسف بن عبد الله بن عبد البر القرطبي . المتوفى سنة ٤٦٣هـ . وهو مختصر، اوله : الحمد لله رب العالمين الذى جعل العلم نورا للمهتدين . . . الخ . ذكر فيه اختلاف العلماء في قراءة البسملة في الصلاة، وفي كونها آية من القرآن ومن الفاتحة .[٢]

(٤٠) الانصاف في مسائل الخلاف . للامام ابى سعيد محمد بن يحيى النيسابوري الشافعي المتوفى سنة ٥٤٨هـ .[٣]

(٤١) الانصاف في مسائل الخلاف . لابى الفرج عبد الرحمن بن علي بن الجوزى الحنبلي المتوفى سنة ٥٩١هـ . ذكر انه لم ير تعليقة في الخلاف غير تعليقة القاضي ابى يعلى فصنف هذا الكتاب .[٤]

(٤٢) الانصاف في مسائل الخلاف . للقاضي ابى بكر محمد بن عبد الله ابن محمد المعافرى الاشبيلي المعروف بابن العربي المتوفى

---

(١) الكشف (١ : ١٧٥) .
(٢) الكشف (١ : ١٨٢) . ولعله مختصر من الانتقاء السابق ذكره، وهو مطبوع الان ضمن مجموعة الرسائل المنيرية .
(٣) الكشف (١ : ١٨٢) .
(٤) نفس المصدر .

سنة ٥٤٣هـ . في عشرين مجلدا.[1]

(٤٣) الانصاف في مشاجرة الاسلاف . لطاش كبرى زاده، احمد ابي الخير عصام الدين بن مصطفى الرومي الحنفي، صاحب التصانيف المتوفى سنة ٩٦٨هـ .[2]

(٤٤) الاوسط في السنن والاجماع والاختلاف . للامام ابي بكر محمد بن ابراهيم بن المنذر النيسابوري الشافعي . المتوفى سنة ٣١٨هـ . وهو كتاب كبير في نحو خمسة عشر مجلدا عزيز الوجود.[3] الان في مكتبة ايا صوفيا بالقسطنطينية بتركيا[4] نسخة منه .

(٤٥) الايصال الى فهم كتاب الخصال . لابي محمد علي بن احمد بن سعيد بن حزم المتوفى سنة ٤٥٦هـ وهو شرح كبير، اورد فيه اقوال الصحابة والتابعين ومن بعدهم من الائمة في مسائل الفقه ودلائله . وكتاب الخصال، هو : الخصال الجامعة لمحصل شرائع الاسلام في الواجب والحلال والحرام، في مجلد شرحه ابو محمد بن حزم .[5]

(٤٦) الايضاح والتبيين في اختلاف الائمة المجتهدين . للوزير يحيى ابن هبيرة بن محمد بن هبيرة الذهلي الشيباني ابو المظفر عون

---

(١) الاعلام (٦ : ٢٣٠) .

(٢) ايضاح المكنون (٣ : ١٣٤) .

(٣) الكشف (١ : ٢٠١) .

(٤) مقدمة اختلاف الفقهاء (ص٥) .

(٥) الكشف (١ : ٧٠٤) .

الدين المتوفى سنة ٥٦٠ هـ . ولا يزال الكتاب مخطوطا[(١)].

(٤٧) البحار الزاخرة في المذاهب الاربعة . للحسام الرهاوي . شرحه تلميذه بدر الدين محمود بن احمد العيني الحنفي المتوفى سنة ٨٥٥ هـ . وسماه : الدرر الفاخرة[(٢)].

(٤٨) بدائع الانوار ومحاسن الاثار واختلاف علماء اهل البيت . لابي جعفر محمد بن منصور بن يزيد المقرى المرادى الكوفي[(٣)].

(٤٩) بداية المجتهد ونهاية المقتصد[(٤)] . لابي الوليد بن رشد القرطبي المتوفى سنة ٥٩٥ هـ واسمه : محمد بن احمد بن محمد بن احمد . وهو مطبوع متداول .

(٥٠) البرهان في الخلاف . للامام ابي المظفر منصور بن محمد السمعاني المروزى الشافعي ، المتوفى سنة ٤٨٩ هـ . جمع فيه قريبا من الف مسألة خلافية[(٥)] .

---

(١) الاعلام (٨ : ١٧٥) .

(٢) الكشف (١ : ٢٢٠) .

(٣) في المركز برقم (٢٣٧) مصور عن مكتبة كورسني بايطاليا برقم (٣٠٢) . الاوراق : (١٣٦) . الاسطر : (٣٠) .

(٤) الكشف (٢ : ١٩٩٠) . وسماه : نهاية المجتهد ، وكفاية المقتصد وما اثبتناه مأخوذ من المطبوع . انظره في قائمة المراجع .

(٥) الكشف (١ : ٢٤٢) .

(٥١) تأسيس النظر في اختلاف الائمة . للقاضي الامام ابي زيد عبدالله ابن عمر الدبوسي الحنفي . المتوفى سنة ٤٣٠هـ .[1] وهو في اختلاف الفقهاء ابي حنيفة وصاحبيه ومالك والشافعي ، وقد اشار الزركلي الى انه مطبوع .[2]

(٥٢) التجريد . لابي الحسين احمد بن محمد الحنفي القدوري . المتوفى سنة ٤٢٨هـ . وهو في مجلد كبير ، اوله : اللهم اعصمنا من الزلل . . . الخ . افرد فيه ماخالف فيه الشافعي من المسائل بايجاز الالفاظ ، واورد بالترجيح ليشترك المبتدئ والمتوسط في فهمه ، وشرع في املائه سنة خمس واربعمائة . ثم كتب ابو بكر عبد الرحمن بن محمد السرخسي المتوفى سنة ٤٣٦هـ تكملة التجريد ، ولجمال الدين محمود بن احمد القونوي الحنفي المتوفى سنة ٧٧٠هـ مختصره المسمى بالتفريد .[3]

---

(١) في المركز برقم (١/٤٨٢) مجاميع فقه . ومنه نسخة اخرى برقم (١/١٦٠) مجاميع فقه ، وانظر الكشف (١ : ٣٣٤) .

(٢) انظر الاعلام (٤ : ١٠٩) .

(٣) الكشف (١ : ٣٤٦) ، مفتاح السعادة (٢ : ٢٨٠) .

ويوجد منه نسخة في المركز برقم (٣٤١) مصور عن مكتبة برنستن في ولاية نيوجرسي بامريكا ، مجموعة يهودا ، برقم (١٥١) فقه في اوله نقص . الاوراق : (١٠٩) . الاسطر : (٢٥) . الناسخ احمد بن سنقر الحنفي ، تاريخ النسخ سنة ٧١٤هـ .

وفي مقدمة اختلاف الفقهاء (ص ه) : منه اجزاء في برلين ولندرا والقاهرة . ا . هـ

(٥٣) تجريد المسائل اللطاف فى الائتلاف والاختلاف . ويسمى اختلاف الفقهاء ايضا . لنور الدين بن ناصر الشافورى.[1] المتوفى سنة وهو شافعى حجازى .

(٥٤) تدقيق المباحث الطبية في تحقيق المسائل الخلافية . وهو على طريقة مسائل خلاف الفقهاء ، لنجم الدين ابن اللبودى ، وهو ابو زكريا يحيى بن شمس الدين بن عبدان بن عبد الواحد بن اللبودى ، ووالد يحيى المذكور شمس الدين توفى سنة ٦٢١ هـ له تآليف . وقد توفى يحيى بعد سنة ٦٦١ هـ .[2]

(٥٥) التعليقة في الخلاف . للقاضى ابى يعلى[3] . وهو محمد بن محمد بن محمد بن الحسين بن محمد بن خلف بن الفراء ويلقب عماد الدين بن القاضى ابى خازم بن القاضى ابى يعلى

---

(١) في المركز برقم (٣٨٧) مصور عن مكتبة احمد ثالث بتركيا . برقم (١١٥٢) . الاوراق : (٢٥٧) . الاسطر : (٢٥) . تاريخ النسخ سنة ٩١٥ هـ . الناسخ :عطية بن مسعود .
وتوجد منه نسخة اخرى في المركز برقم (٦١) مصورة عن مكتبة احمد ثالث برقم (١١٥٢) لنفس الناسخ وبنفس عدد الاوراق والصفحات مع وجود بلل قليل في مدخله .
ومنه نسخة ثالثة في المركز ايضا برقم (٣٠٣) فقه مقارن ، مصورة عن مكتبة احمد ثالث بنفس الرقم والاوراق والاسطر .

(٢) الكشف (١ : ٣٨٢) .

(٣) الكشف (١ : ٤٢٤) .

ويقال له : القاضي ابو يعلى الصغير. المتوفى سنة ٥٦٠هـ .[١]

قال ابن الجوزي : لم يحقق في بيان الصحة والمردود[٢] . ا.هـ

(٥٦) التعليقة في الخلاف . لابي البقاء عبدالله بن الحسين العكبري الضرير النحوي الحنبلي ، المتوفى سنة ٥٣٨هـ .[٣]

(٥٧) التعليقة في الخلاف . للقاضي عبدالعزيز بن عثمان بن طي الاسدي النسفي العقيلي الحنفي ، المتوفى سنة ٥٣٣هـ . وهو كتاب كبير في اربع مجلدات .[٤]

(٥٨) التعليقة في الخلاف . لابي جعفر محمد بن احمد النسفي الحنفي المتوفى سنة ٤١٤هـ .[٥]

(٥٩) التعليقة في الخلاف . ليوسف بن عبدالعزيز الفقيه . المتوفى سنة ٥٢٣هـ .[٦] وعلى اولها حاشية لمحمد شاه .[٧]

(٦٠) التعليقة . لابي زيد الدبوسي[٨] : عبدالله بن عمر ، المتوفى سنة ٤٣٠هـ .

---

(١) مصطلحات الفقه الحنبلي (ص١٠٣) رقم الترجمة (١٦٩) .
وسماه : التطيقة في مسائل الخلاف. ووصف التعليقة بانها كبيرة .

(٢) الكشف (١ : ٤٢٤) .

(٣) نفس المصدر .

(٤) نفس المصدر .

(٥) نفس المصدر .

(٦) الاعلام (٨ : ٢٣٨) وسماها : التعليقة الكبرى .

(٧) الكشف (١ : ٤٢٤) .

(٨) مقدمة ابن خلدون (ص٣٦٢) .

(٦١) التعليقة في الخلاف. للامام ركن الدين ابي الفضل محمد بن محمد العراقي الهمداني المتوفى سنة ٦٠٠هـ . وهي ثلاث نسخ : كبير ووسط وصغير[(١)] .

(٦٢) التعليقة في الخلاف والجدل . للشيخ ابي منصور محمد بن محمد البروى المتوفى سنة ٥٦٧هـ ، وشرحها تقي الدين ابوالفتح المعروف بالمعتز شرحا مستوفى[(٢)] .

(٦٣) تقويم النظر في مسائل الخلاف. لفخر الدين ابي شجاع محمد بن علي المعروف بابن الدهان البغدادي الشافعي ، المتوفى سنة ٥٩٠هـ . اوله : الحمد لله الذي هدانا لهذا . . . . الخ . ويقع في مجلد[(٣)] . يوجد في القاهرة وباريس[(٤)] ، وهي في باريس بعنوان: تقويم النظر في مسائل خلافية ذائعة ونبذ مذهبية نافعة[(٥)] .

---

(١) الكشف (١ : ٤٢٤) .
(٢) نفس المصدر .
(٣) ايضاح المكنون (٣ : ٣١٥) .
(٤) مقدمة اختلاف الفقهاء (ص٦) . ويوجد في المركز برقم (٣٠٧) فقه مقارن ، مصور عن نسخة الشيخ صبحي السامرائي المأخوذة من مكتبة احمد ثالث بتركيا برقم (١٢٢٥) . الاوراق : (١٤٤) . الاسطر : (٣٣) . تاريخ النسخ : محرم سنة ٦٨٦هـ . بخط نسخي جميل . قياس : ٢٧ × ٢٨ سم .
(٥) في المركز رقم (٣٨٠) مصورة عن المكتبة الوطنية بباريس برقم =

(٦٤) التلخيص في الخلاف . لابي بكر بن العربي المالكي[1]. المتوفى سنة ٥٤٣ هـ . ولعله ملخص لكتابه ،الانصاف في مسائل الخلاف المتقدم ذكره في الرقم الثاني والاربعين .

(٦٥) تهذيب الاخلاق بذكر مسائل الخلاف والوفاق . لمحمد بن محمد الاسدي القدسي ، المتوفى سنة ٨٠٨هـ[2] .

(٦٦) التيسير في الخلاف . للقاضي ابي سعد عبدالله بن محمد بن ابي عصرون الشافعي ، المتوفى سنة ٥٨٥هـ[3] .

(٦٧) الجامع المغني لاولي الرغبات في معرفة الخلاف . ليونس بن عبدالوهاب بن احمد بن ابي بكر العيثاوي الشافعي . توفي بعد سنة ٩٥٨هـ . اوله : الحمد لله المنفرد بالعز والبقاء .... الخ في مجلدات[4] .

(٦٨) الجامع من كتاب الايصال[5] . وهو متن كتاب المحلى لابي محمد علي

= (٧٨٨) الاوراق : (٨٩) . الاسطر : (٢٥) . الناسخ : نعيم بن محمد القرشي الشافعي . تاريخ النسخ : سنة ٨٠٢هـ بخط نسخي جميل .

(١) الكشف (١ : ٧٢١) . واقتصر في عنوانه على : التلخيص .والزيادة المذكورة مأخوذة من ايضاح المكنون (٣ : ٣١٨) .

(٢) الكشف (١ : ٥١٤) .

(٣) الكشف (١ : ٥٢١) .

(٤) ايضاح المكنون (٣ : ٣٥٨) .

(٥) في المركز برقم (٤٤٠) مصور عن مكتبة دار الكتب المصرية برقم (٣٣٠١) . الاوراق : (٥٩) . الاسطر : (٢٥) بخط نسخي معتاد .

ابن احمد بن سعيد بن حزم، المتوفى سنة ٤٥٦هـ .

(٦٩) جزيل المواهب فى اختلاف المذاهب . لجلال الدين عبد الرحمن بن ابى بكر السيوطى . المتوفى سنة ٩١١هـ .(١)

(٧٠) حلية العلماء فى اختلاف الفقهاء . لابى بكر محمد بن احمد الشاشى الشافعى ، المتوفى سنة ٥٠٧هـ .(٢) وهو مطبوع متداول فى ثلاث مجلدات .

قال حاجى خليفة : وهو كتاب كبير صنف للخليفة المستظهر بالله العباسى ، ووافق مافعله وعدل عن المجمع عليه ، ولذلك يلقب هذا الكتاب بالمستظهرى ، وذكر فى كل مسألة الاختلاف الواقع بين الائمة ، ثم صنف المعتمد وهو كالشرح للمستظهرى(٣) . ا . هـ

(٧١) الخلاف . لابى الفرج عبد الرحمن بن على بن محمد ابن الجوزى المتوفى سنة ٥٩٧هـ .(٤) لعله هو السابق ذكره فى الرقم

---

(١) فى المركز برقم (٦ / ٥٧٧) مجاميع فقه .
ومنه نسخة ثانية برقم (٥ / ٣٩٧) مجاميع فقه .
ونسخة ثالثة برقم (٧ / ٨٤٨) مجاميع فقه .
ونسخة رابعة برقم (٦ / ٢٧) مجاميع فقه .
ونسخة خامسة برقم (٧ / ٢٩٩) مجاميع فقه .

(٢) يوجد فى القسطنطينية والقاهرة ، ومنه جزء فى غوثا ، ويوجد مختصرا فى برلين . كما فى مقدمة اختلاف الفقهاء (ص ه) .

(٣) الكشف (١ : ٦٩٠) .

(٤) فى المركز برقم (٦) مصور عن خزانة الرباط العامة رقم (٢٧٠٢) الاوراق : (١٠٥) . الاسطر : (٣٥) .

الحادى والاربعين .

(٧٢) الخلافيات . للمحدث الفقيه ابو بكر احمد بن الحسين بن علي البيهقي المتوفى سنة ٤٥٨هـ .

قال حاجي لحيفة : جمع فيه المسائل الخلافية بين الشافعي وابي حنيفة .[1] ا.هـ يوجد الجزء الثاني منه فقط بالقاهرة[2] . اختصره اللخمي كما سيأتي بيانه في الميم .برقم (١١٧) .

(٧٣) الخلافيات . لسليمان بن علي القراماني ، المتوفى سنة ٩٢٤هـ . ينتصر فيه للحنفية[3] .

(٧٤) درر البحار . للشيخ شمس الدين ابى عبدالله محمد بن يوسف ابن الياس القونوى الدمشقي الحنفي المتوفى سنة ٧٨٨هـ .

قال حاجي خليفة : وهو متن مشهور مختصر، اوله : الحمد لله الذى فقه قلوب المرسمين .. الخ ذكر فيه انه جمع بين البحرين وبين مذهب ابن حنبل والشافعي ومالك ، وفرغ في اواخر جمادى الاولى سنة ٧٤٦هـ وقيل سنة ٧٤٩هـ، وكان مدة تأليفه في شهر ونصف تقريبا . وله شروح[4] . ا.هـ وذكر منها ستة شروح وهي :

---

(١) الكشف (١ : ٧٢١) تحت عنوان علم الخلاف، ابجد العلوم (٢ : ٢٧٨).

(٢) مقدمة اختلاف الفقهاء (ص ه) .

(٣) الكشف (٢ : ١٤١٦) .

(٤) الكشف (١ : ٧٤٦) .
توجد منه نسخة في المركز برقم (٤٢٢) مصور من مكتبة تيمورية برقم =

(أ) شرح زين الدين ابى محمد عبدالرحمن بن ابى بكر العيني الحنفي المتوفى سنة ٨٩٣هـ . احسن فيه وافاد .

(ب) شرح عبدالوهاب بن احمد الشهير بابن وهبان ، صاحب المنظومة المتوفى سنة ٧٦٨هـ . احال فى عدة اماكن من عقود القلائد فى شرح المنظومة على شرحه هذا .

(جـ) شرح الشيخ شمس الدين محمد بن محمد بن محمود البخاري سماه : غرر الاذكار . اوله : الحمد لله الذى زين وشاح دين الاسلام بدر الفروع وغرر الاحكام . . . الخ .

(د) شرح شهاب الدين احمد بن محمد بن خضر المتوفى سنة ٧٨٥هـ وهو كبير فى مجلدات . الفه فى حياة المؤلف، وسماه : الغوص لاقتباس نفائس الاسرار المودعة فى درر البحار .

(هـ) نظم المتن ، لابى المحاسن حسام الدين الرهاوى ، وسماه : البحار الزاخرة .

(و) شرح الشيخ زين الدين قاسم بن قطلوبغا الحنفي المتوفى سنة ٨٧٩هـ .

(٧٥) دلائل الائمة . لابن بابويه القمي : محمد بن احمد . صاحب الامالي[1] . المتوفى سنة ٣٨١هـ .

= (٣١٥) فى دار الكتب المصرية . الاوراق : (١٦٤) . الاسطر : (١٥) . تاريخ النسخ : سنة ٧٦٥هـ . بخط نسخي واضح .

(١) ايضاح المكنون (٣ : ٧٧ ، ١٢٢٣) حيث ذكر فيها سنة الوفاة .

(٧٦) دلائل الانصاف فى الخلافيات . تزيد على خمس وعشرين الف بيت . لتاج الدين ابى الفضل عبدالوهاب بن احمد المعروف بابن عمر بشاه . المتوفى سنة ٩٠١ هـ[1] .

(٧٧) دلائل الانصاف فى نظم مسائل طريقة الخلاف . فى جزئين[2] لم يذكر من صنفه .

(٧٨) الدلائل السمعية على المسائل الشرعية . لابى الحسن محمد بن عبدالواحد الشافعى الاصبهانى الاردستانى . المتوفى بعد سنة ٤١١ هـ . فرغ منه فى سنة ٤١١ هـ فى ثلاث مجلدات . قال حاجى خليفة : ينصب الخلاف فى هذا الكتاب مع الامام الاعظم ابى حنيفة ومع الامام مالك ، وينتصر لامامه الشافعى رحمهم الله[3] ا . هـ

(٧٩) الدلائل فى امهات المسائل . فى اختلاف الاربعة الا احمد لابى محمد عبدالله بن ابراهيم بن محمد الاصيلى المالكى المتوفى سنة ٣٩٢ هـ[4] .

(٨٠) دليل متحد الائتلاف وجار فى جميع مسائل الخلاف[5] . لم يذكر اسم مصنفه .

---

(١) الكشف (١ : ٧٥٩) .

(٢) ايضاح المكنون (٣ : ٤٧٧) .

(٣) الكشف (١ : ٧٦٠) .

(٤) ايضاح المكنون (٣ : ٤٧٧) ، مقدمة اختلاف الفقهاء (ص ١٣) .

(٥) ايضاح المكنون (٣ : ٤٧٩) .

(٨١) رحمة الامة فى اختلاف الائمة . للشيخ صدر الدين ابى عبد الله محمد بن عبدالرحمن الدمشقى العثمانى ، قاضى القضاة بالمملكة الصفدية . اوله : الحمد لله الذى اجزل احسانه . . . . الخ . فرغ منه فى ربيع الاول سنة ٧٨٠ هـ لم تذكر وفاته .

وقيل : انه لشيخ الاسلام ابى الحسن السعدى.[1] وهو مطبوع متداول .

(٨٢) رسالة فى الافعال التى تفعل فى الصلاة على المذاهب الاربعة لزين العابدين بن ابراهيم المعروف بابن نجيم المصرى المتوفى سنة ٩٧٠ هـ . وهى من الرسائل الزينبية[2] .

(٨٣) رسالة فى الخلاف والجدل . للترمذى .

اولها : الحمد لله مسبب الاسباب ، قال : هذا مختصر فى فقه جدل الاعراب لاظهار الصواب ، فصلته اثنى عشر فصلا[3] . ا . هـ

(٨٤) رؤوس المسائل فى الفقه ، لابى القاسم محمود بن عمر الزمخشرى

---

(١) الكشف (١ : ٨٣٦) .
توجد منه نسخة فى المركز برقم (١٠٨) مصور عن الظاهرية برقم (٧٠٨١) . الاوراق : (١٧٠) . الاسطر : (١٩) . بخط نسخى معتاد .

(٢) الكشف (١ : ٨٤٧) .
توجد منه نسخة فى المركز برقم (٤ / ١٨٩) مجاميع .

(٣) الكشف (١ : ٨٦٣) .

المتوفى سنة ٥٣٨هـ . ذكره ابن خلكان[(١)] . وهو في الخلاف بين الحنفية والشافعية .

٨٥) زبدة الاحكام في اختلاف مذاهب الائمة الاربعة الاعلام . لسراج الدين ابي حفص عمر بن اسحاق الهندي الغزنوي الحنفي المتوفى سنة ٧٧٣هـ[(٢)] .

٨٦) شرح مذاهب اهل السنة . لزين الدين ابي العباس احمد بن عبد الدائم المقدسي[(٣)] . المتوفى سنة ٦٦٨هـ .

٨٧) طريقة الخلاف بين الشافعية والحنفية . لابي علي الحسن بن محمد المروزي ، المتوفى سنة ٤٣٢هـ[(٤)] .

---

(١) الكشف (١ : ٩١٥) .
توجد منه نسخة في المركز برقم (٣٠٨) مصور عن مكتبة شتسربتي تحت رقم (٣٦٠٠) الاوراق : (١٠٦) . الاسطر : (١٣) . الناسخ: الشبلي بن عبدالرحمن بن جندار بن ايوب . تاريخ النسخ :سنة ٥٧٦هـ . نسخي جيد .
وقد قام الطالب عبد الله نذير البرماوي بتحقيقه وتقديمه رسالة للماجستير في جامعة ام القرى في العام الماضي .

(٢) الكشف (٢ : ٩٥٠) . وتوجد منه نسخة في المركز برقم (٣٣٧/٦) مجاميع ـ فقه .

(٣) في المركز برقم (١٦٥) مصور عن المكتبة الظاهرية برقم (٩٥٥) الاوراق :(٣٢) . الاسطر :(٢٣) . بخط نسخي معتاد .

(٤) في المركز برقم (٣٢٣) فقه مقارن ، مصور عن دار الكتب المصرية برقم (٥٢٣) . الاوراق : (٢١٨) . الاسطر : (٢٥) . مقاس ١٧ × ٢٤ سم . الناسخ : محمد بن عمر بن محمد النقمراتي بخط معتاد .

(٨٨) الطريقة في الخلاف والجدل . لاسعد بن محمد الميهني المتوفى سنة ٥٢٧هـ[1] .

(٨٩) الطريقة في الخلاف والجدل . لابي الحسن علي بن ابي علي سيف الدين الامدي ، المتوفى سنة ٦٣١هـ[2] .

(٩٠) الطريقة في الخلاف والجدل . لابي سعيد المتولي . وهي جامعة لانواع المآخذ[3] .

(٩١) الطريقة في الخلاف والجدل . لمعين الدين محمد بن ابراهيم السهيلي الشافعي المتوفى سنة ٦١٣هـ[4] .

(٩٢) الطريقة في الخلاف والجدل . لفخر الدين محمد بن عمر الرازي المتوفى سنة ٦٠٦هـ[5] .

(٩٣) الطريقة في الخلاف والجدل . لابي بكر محمد بن الوليد الطرطوشي المالكي المتوفى سنة ٥٦٠هـ[6] .

(٩٤) عمدة الطالب لمعرفة المذاهب . لمحمد بن عبد الرحمن بن محمد السمرقندي السخاوي المتوفى بماردين سنة ٧٢١هـ . ذكر فيه خلاف العلماء وخلاف احمد وداود واهل الشيعة، قال في آخره :

---

(١) الكشف (٢ : ١١١٣) .

(٢) نفس المصدر .

(٣) الكشف (٢ : ١١١٣) .

(٤) نفس المصدر .

(٥) نفس المصدر .

(٦) نفس المصدر .

فتم كتاب قد حوى لمذاهب ... وماحويت من قبله بكتاب

حوى فقه نعمان ويعقوب بعده ... محمد من اصحابهم خيراصحاب

كذا زفر والشافعي ومالك ... وما اختلفوا فيه بكل جواب

واحمد مع داود مع اهل شيعة ... حباهم اله الناس كل ثواب[1]

(٩٥) عيون الادلة في مسائل الخلاف بين فقهاء الامصار . لعلي بن عمر المالكي[2] .

(٩٦) عيون الادلة وايضاح الملة ، في الخلافيات . لابن القصار ابي الحسن علي بن احمد البغدادي[3] .

(٩٧) عيون المذاهب الكاملية . لقوام الدين محمد بن محمد الخجندي الكاكي الحنفي ، المتوفى سنة ٧٤٩هـ[4] . ويسمى : الكاملي

---

(١) الكشف (٢ : ١١٦٨) .

(٢) في المركز برقم (٣٨٦) مصور عن مكتبة جامعة القرويين بالمغرب برقم (٤٦٧) . الاوراق : (١١٥) . الاسطر : (٢٠) . الخط : مغربي .

(٣) ايضاح المكنون (٤ : ١٣٣) ، مقدمة ابن خلدون (ص٣٦٢) .

(٤) في المركز برقم (٤٠٤) مصور عن مكتبة المولوية بحلب برقم (٣٠٣) الاوراق : (١٦٥) . الاسطر : (١٥) . بخط معتاد .

وفيه نسخة ثانية برقم (٣١٩) مصور عن مكتبة شستربتي برقم (٣٦١٥) . الاورق : (٢٢٧) . الاسطر : (١٩) . نسخي واضح ، في القرن الثامن .

وفيه نسخة ثالثة برقم (٣١٨) مصور عن مكتبة شستربتي رقم (٣٧٦٦) . الاوراق : (١٠٧) . الاسطر : (١٨) . الناسخ :

وهو محتو على المذاهب الاربعة فى الفروع، قال حاجى خليفة: وقد رأيت من هذا الكتاب نسختين، احداهما مكتوبة بعد تاريخ التأليف بسنة، ذكر فيه انه اهداه للسلطان بن السلطان حاجى ابن محمد الملك المظفرى، ثم قال : وسميته عيون المذاهب المظفرى، والنسخة الثانية مكتوبة بعد الاولى بسنة اعنى سنة ٧٥٢هـ، بخط ابراهيم بن الحاج محمد الخبريبرتى وقال فى ديباجه : جعلته تحفة الى حضرة السلطان ابن السلطان شعبان بن محمد الملك الكامل ثم قال : وسميته عيون المذاهب الكاملى . ولم يكن بين النسختين تفاوت ولا خلاف، الا فى اسمى السلطانين، والكاتبين، كما ذكرنا، ولعل المؤلف سماه اولا بالمظفرى اى باسم ملك زمانه، ثم لما تبدل السلطان بدل اسم الكتاب باسمه، والله اعلم[(١)] .

(٩٨) الغرة المنيفة فى ترجيح مذهب ابى حنيفة . لابى حفص سراج الدين عمر بن اسحاق الهندى الغزنوى، المتوفى سنة ٧٧٣هـ . اوله : الحمدلله على آلائه والشكر له على جزيل عطائه، . . . . الخ

= محمد بن محمد . تاريخ النسخ : سنة ٧٦٤هـ .
وفيه نسخة رابعة برقم (١٧١) مصور عن مكتبة البلدية بالاسكندرية برقم (١٠٤٣)ب . الاوراق : (٨٠) . الاسطر : (١٩) .
الناسخ : صالح بن ابراهيم . تاريخ النسخ : سنة ٨٣٤هـ .

(١) الكشف (٢ : ١١٨٧) .

ذكر فيه ان الامير صرغتمش الناصرى اشار اليه ان يترجم بالعربية كتاب : الطريقة البهائية - نسبة للسلطان الاتي ذكره - الذى صنفه الامام فخر الدين الرازى - وهو شافعي - للسلطان بهاء الدين بالفارسية ويزيد دلائل واجوبة من جانب الامام الاعظم فبادر الى امتثاله بالترجمة وفرغ من تعليقها في شعبان سنة ٧٥٩هـ [(١)] .

(٩٩) غنية المسترشدين فى الخلاف . للامام عبد الملك بن عبد الله النيسابورى الجوينى ، الشافعى ، المعروف بامام الحرمين المتوفى سنة ٤٧٨هـ [(٢)] .

(١٠٠) فتح العزيز على كتاب الوجيز . للامام ابى القاسم عبد الكريم بن محمد القزوينى الرافعى الشافعى المتوفى سنة ٦٢٣هـ . قال حاجي خليفة : وهو الذى لم يصنف فى المذاهب مثله [(٣)] . ا . هـ

(١٠١) الفرح والسرور فى بيان المذاهب . مختصر . لمحيى الدين محمد بن سليمان الكافيجي المتوفى سنة ٨٧٩هـ . اوله : الحمد لله الذى هدانا الى سبيل الحق . . . الخ . ورتبه على ثلاثة ابواب . الفه سنة ٨٦٦هـ [(٤)] .

---

(١) الكشف (٢ : ١١٩٨) .

(٢) الكشف (٢ : ١٢١٢) .

(٣) الكشف (٢ : ١٢٠٠) والتى تليها .

(٤) الكشف (٢ : ١٢٥٣) .

... الفقه على المذاهب الاربعة . للجزيرى عبد الرحمن بن محمد المتوفى سنة ١٣٦٠هـ .(١)

١٠٢) فلك الفقه فى مسائل الخلاف بين الائمة الاربعة رضى الله عنهم لابى الحسين احمد بن عبد الله بن حسن بن ابى العناجر الشافعى الحموى .

اوله : الحمد لله حمد الشاكرين ... الخ . قال فى اوله : حررت امهات المسائل دون فروعها فى كتاب يشتمل على خمسمائة وخمس وعشرين مسألة ، وقويت كل مسألة منها بحجة ، ولقبته بكتاب الشجرة ومحير السحرة ، فرجعت عن ذلك ولقبته : فلك الفقه .(٢) ا.هـ

١٠٣) قرة العين فيما حصل من الاتفاق والاختلاف لجمال الدين المقدسى الدمشقى الحنبلى .(٣)

١٠٤) القواعد فى الجدل والمنطق والاصلين . للشيخ شمس الدين محمد بن محمد الاصفهانى ، المتوفى سنة ٦٨٨هـ .(٤)

١٠٥) الكامل فى الخلاف بين الشافعية والحنفية . لعبد السيد بن محمد بن الصباغ الشافعى سنة ٤٧٧هـ .(٥)

---

(١) مطبوع متداول فى خمسة اجزاء . طبع بدار احياء التراث العربى فى لبنان - بيروت .

(٢) الكشف (٢ : ١٢٩١) .

(٣) فى المركز برقم (١ / ٨٧١) مجاميع .

(٤) الكشف (٢ : ١٣٥٩) . واستدرك عليه فى الهامش بان العنوان : القواعد الكلية فى الفقه والخلاف والاصلين .

(٥) الكشف (٢ : ١٣٨١) .

(١٠٦) كشف الغمة عن جميع الامة . لعبد الوهاب بن احمد الشعراني المتوفى سنة ٩٧٣هـ . اوله : الحمد لله رب العالمين ... الخ وهو في فقه الحديث معتمدا على كتب الحفاظ المعتمدة المستة ومعاجم الطبراني والسيوطي مرتبا على ابواب الفقه . قال في آخره : اجتهدت في تحريره وراعيت فيه ادلة مذاهب الاربعة وغيرهم، فلا يوجد منها مذهب الا وادلته في هذا الكتاب وكان الفراغ من تبييضه مستهل رجب سنة ٩٣٦هـ بمصر.[1]

(١٠٧) الكفاية في مسائل الخلاف. لابي الحسن علي بن سعيد العبدري الحنفي المتوفى سنة ٤٩٣هـ .[2]

(١٠٨) لطائف الاشارات، في الفروع . للشيخ بدر الدين محمود بن اسرائيل المعروف بابن قاضي سماونه ، المتوفى سنة ٨٢٣هـ . جمع فيه الاصول والفروع باوجز العبارات بضمن قواعد تدل في الخلافيات وهي ان الجملة الاسمية : لقول ابي حنيفة والمضارعية المستتر فاعلها : لقول ابي يوسف . والماضوية المستتر فاعلها : لقول محمد ، والمضارعية التي بضمير المتكلم مع الغير للشافعي ، والجملة الفعلية : لمالك . وجعل الحاء لابي حنيفة ، والسين لابي يوسف ، والميم لمحمد ، والزاى لزفر والعين للشافعي ، والكاف لمالك ، والالف لأحد ، ولكن قد ...

---

(١) الكشف (٢ : ١٤٩٢) . وهو مطبوع متداول .

(٢) الكشف (٢ : ١٤٩٩) .

المولى محمد البركلي من الكتب المتداولة الغير المعتبرة ، وقد الفه حال كونه محبوسا ببلدة ازنيق[١] .

(١٠٩) المأخذ في الخلاف . للامام ابى حامد محمد بن محمد الغزالي المتوفى سنة ٥٠٥هـ . ثم صنف كتابا آخر لتقويته ، سماه : حصر المأخذ[٢] .

(١١٠) مباهج الامة في اختلاف الائمة . لم يعلم مؤلفه[٣] .

(١١١) المجرد في النظر . لابى على حسن بن قاسم الطبرى المتوفى سنة ٣٥٠هـ . وهو اول كتاب صنف في الخلاف[٤] .

(١١٢) مجمع الخلافيات . على ترتيب الوقاية لبعض الاروام . الفه في عصر السلطان بايزيد خان ، اوله : الحمد لله الذى انزل على عبده الكتاب .... الخ . اظهر فيه ما اضمر في مجمع البحرين والكنز والمختار من اختلافات الائمة الحنفية والشافعية والمالكية والحنبلية باسمائهم[٥] .

---

(١) الكشف (٢ : ١٥٥١) .

(٢) مقدمة ابن خلدون (ص٣٦٢) ، الكشف (٢ : ١٥٧٣) ، دائرة القرن العشرين (٣ : ٧٦٩) .

(٣) في المركز برقم (٢٩٨) مصور عن المكتبة الاحمدية بطنطا بمصر رقم (١١٦) . الاوراق : (٢٣٢) . الاسطر : (١٣) .
ولم يذكره في الكشف ولا في الايضاح .

(٤) الكشف (٢ : ١٥٩٣) ، الاعلام (٢ : ٢١٠) ، تهذيب النووى (٢ : ٢٦٢) .

(٥) الكشف (٢ : ١٦٠٢) .

(١١٣) مجمع المذهبين فى الخلافيات بين الحنفية والشافعية. تأليف حسن بن نصوح الدمنوى[(١)] .

(١١٤) المحرر فى الخلاف. لابى على حسين " حسن" بن قاسم الطبرى المتوفى سنة ٣٠٥هـ وقيل سنة ٣٠٥هـ . وهو اول كتاب صنف فيه ، كذا قيل[(٢)] . ولعل الصواب انه حسن. وانه توفى سنة ٣٠٥هـ كما مر فى الرقم الحادى عشر بعد المائة ، باسم المجرد فى النظر . والله اعلم .

(١١٥) المحلى ، فى الخلاف العالى فى فروع الشافعى (وهو خطأ بل هو فى الفقه العام) . لابى محمد على بن احمد بن سعيد بن حزم ، المتوفى سنة ٤٥٦هـ[(٣)] . وهو مطبوع متداول . وله مختصرات ، منها :

(أ) الانور الاعلى فى اختصار المحلى . لابى حيان محمد بن محمد بن يوسف الاندلسى المتوفى سنة ٧٤٥هـ[(٤)] .

(ب) المعلى فى اختار المحلى ، لمحيى الدين محمد بن على بن عربى المتوفى سنة ٦٣٨هـ . وهو من احسن المختصرات مع الاحاطة على مذاهب السلف[(٥)] .

---

(١) ايضاح المكنون (٤ : ٤٣٦) .

(٢) الكشف (٢ : ١٦١٢) .

(٣) الكشف (٢ : ١٦١٧) .

(٤) الكشف (١ : ١٩٦) ، (٢ : ١٦١٧) .

(٥) الكشف (٢ : ١٦١٧) .

(جـ) واختصره الذهبي ايضا ، وهو الحافظ ابو عبد الله محد بن احمـد الذهبي ، المتوفى سنة ٧٤٨هـ .[١]

(١١٦) المحيط . للشيخ ابى محمد عبد الله بن يوسف الجوينى المتوفى سنة ٤٣٨هـ . ولم يتقيد فيه بمذهب معين . كذا قال الشعرانى ولابى بكر احمد بن حسين البيهقى المتوفى سنة ٤٥٨هـ رسالة انتقد فيها مستدركا عليه فيما يتعلق بعلم الحديث .[٢]

(١١٧) مختصر الخلافيات ، للبيهقى المتوفى سنة ٤٥٨هـ . اختصـره ابو عبد الله محمد بن فرح اللخمي الاشبيلى ، المتوفى سنـة ٦٩٩هـ .[٣]

(١١٨) مختصر الكفاية . للعبدرى الشافعي . المتوفى سنة ٤٩٣هـ .[٤]

(١١٩) مختلف الرواية ، فى الخلافيات . للشيخ ابى الليث نصر بـن محمد السمرقندى ، المتوفى سنة ٣٧٥هـ . فى مجلد ، وهو من شروح المنظومة ، كذا فى الفصولين برمز مخ .[٥]

---

(١) نفس المصدر .

(٢) الكشف (٢ : ١٦٢١) .

(٣) فى المركز برقم (٤١٩) مصو عن مكتبة احمد الثالث بتركيا ، تحت رقم (١٠٨١) . الاوراق : (٣٠٢) . الاسطر : (٢٥) . الناسخ : محمد بن حسين بن على بن صديق العاملي الشافعي . وفى المركز منه عدة نسخ .

(٤) توجد منه نسخة فى مكتبة نيوهافن بامريكا . انظر مقدمة اختـلاف الفقهاء (ص ه) .

(٥) الكشف (٢ : ١٦٣٦) .

(١٢٠) مسائل الخلاف. لابي الوليد سليمان بن خلف بن سعد الباجي الاندلسي ، المتوفى سنة ٤٩٤هـ ، الا انه توفي قبل ان يتمه.[١]

(١٢١) مسائل الخلاف. لابي بكر بن العراق.[٢]

(١٢٢) المسائل المهمة في اختلاف الائمة . لسراج الدين يونس بن عبد المجيد الارمنتي المتوفى سنة ٧٢٥هـ.[٣]

(١٢٣) المسالك في علم المناسك . لمحمد بن مكرم بن شعبان الكرماني الحنفي المتوفى بعد سنة ٥٩٧هـ . في مجلد ضخم مشتمل على اكثر وقائع الحج وحوادثه محتوعلى ذكر المذاهب الاربعة موسومة مسائله بالحجج الشافية.[٤]

(١٢٤) المستجمع، شرح مجمع البحرين وملتقى النهرين ،لمظفر الدين احمد بن علي بن ثعلب المعروف بابن الساعاتي البغدادي الحنفي المتوفى سنة ٦٩٤هـ . شرحه بدر الدين محمود بن احمد العيني المتوفى سنة ٨٥٥هـ لقاضي مصر اشار فيه الى اقوال الشافعي ومالك واحمد بن حنبل ، ولوح الى الاصح من اقوالهم وذكر في آخره انه صنفه وعمره اربع وعشرون سنة ، فرغ منه

---

(١) الديباج المذهب (ص ١٢١) .

(٢) في المركز برقم (٢٩٧) مصور عن النسخة بمكتبة جامعة القرويين بالرباط برقم (٤٨٩) فقه مقارن ، الاوراق : (٢٩١) . الاسطر : (٣١) .

(٣) الكشف (٢ : ١٦٧٠) .

(٤) الكشف (٢ : ١٦٦٣) .

في رمضان سنة ٧٨٥هـ.[١]

(١٢٥) المستظهري. او حلية العلماء . لابي بكر محمد بن احمد القفال الشاشي الشافعي المتوفى سنة ٥٠٧هـ وقد سبق ذكره في الرقم السبعين بعنوان حلية العلماء .

(١٢٦) مظهر المواهب لائمة المذاهب . في فن الخلاف. في اربع مجلدات . اوله : اللهم لك الحمد دوما على مافتحت من مسالك التدريب . . . الخ يقول فيه مؤلفه تلميذ جلال البلقيني ومؤلف مرشد المحتاج الى مازيد على الحاوي والمنهاج .[٢]

(١٢٧) معرفة مذاهب الفقهاء . لابي الحسن علي بن عمر الدارقطني البغدادي المتوفى سنة ٣٨٥هـ.[٣]

(١٢٨) معين الامة على معرفة الوفاق والخلاف بين الائمة. وهو مختصر على المذاهب.[٤] تأليف احمد بن محمد بن الحسين السمرقندي الحنفي المتوفى سنة ٥٢٢هـ . في مجلد ، الفه للامير برسباي السيفي ، وهو كتاب موضوع على المذاهب الاربعة .[٥]

---

(١) الكشف (٢ : ١٥٩٩) .

(٢) ايضاح المكنون (٤ : ٥٠٢) . ولم اقف على اسم المؤلف كما لم اجد عنوان كتابه : مرشد المحتاج لا في الكشف ولا في الايضاح .

(٣) الكشف (٢ : ١٧٣٩) .

(٤) الكشف (٢ : ١٧٤٤) .

(٥) ايضاح المكنون (٤ : ٥١٧) .

(١٢٩) المغني في رؤوس مسائل الخلاف بين الامام الناصر للحق عليه السلام وسائر فقهاء اهل البيت . لعلي بن بير مرد الديلمي.[١]

(١٣٠) المغني . في شرح مختصر الخرقي ، ابي القاسم عمر ابن الحسين الحنبلي المتوفى سنة ٣٣٤هـ ، تأليف موفق الدين عبد الله بن احمد بن محمد المقدسي المعروف بابن قدامة الحنبلي المتوفى سنة ٦٢٠هـ.[٢] وهو مطبوع مشهور متداول اتى فيه على ذكر مذاهب الصحابة والتابعين ومن بعدهم من الائمة الاربعة وغيرهم، يعد اكبر موسوعة فقهية مطبوعة حتى الان.

(١٣١) المناظرات المهدية مع بعض فضلاء الشافعية والحنفية . لاحمد ابن صالح السباعي المالكي.[٣]

(١٣٢) منظومة في الفقه على المذاهب الاربعة . ليوسف القزلقي الحلبي.[٤]

(١٣٣) منظومة النسفي في الخلاف، لابي حفص عمر بن محمد بن احمد النسفي المتوفى سنة ٥٣٧هـ . اولها :

---

(١) في المركز برقم (١٣٧) مجاميع . مصور عن مكتبة بيبلونكا ابوستوليكا الفاتيكان برقم (١٠٣٦) .

(٢) الكشف (٢ : ١٦٢٦) .

(٣) في المركز برقم (٢٥/٤٩٤) مجاميع .

(٤) في المركز برقم (٤٢٠) مصور عن مكتبة الصديقية بحلب برقم (٧٣) . الاوراق : (٤٨) . الاسطر : (١٤) . الناسخ : محمد غزال بن احمد النعناعي . تاريخ النسخ : سنة ١٢٦٤هـ .

باسم الاله رب كل عبد   والحمد لله ولى الحمد

رتبها على عشرة ابواب : الاول : فى قول الامام . الثانى : فى قول ابى يوسف . الثالث : فى قول محمد . الرابع : فى قول الامام مع ابى يوسف . الخامس : فى قوله مع محمد . السادس : فى قول ابى يوسف مع محمد . السابع : فى قول كل واحد منهم الثامن : فى قول زفر . التاسع : فى قول الشافعى . العاشر : فى قول مالك ، اتمها يوم السبت فى صفر سنة ٥٠٤ هـ . وعدد ابياتها الفان وتسعة وستون وستمائة بيت[1] . ولها شروح كثيرة منها :

(أ) حصر المسائل وقصر الدلائل . لابى الفتح علاء الدين محمد بن عبد الحميد الاسمندى السمرقندى المعروف بالعلاء العالم المتوفى سنة ٥٥٢ هـ[2] .

(ب) حقائق المنظومة . لابى المحامد محمود بن محمد بن داود اللؤلؤى البخارى الافشنجى اتمه يوم الاضحى من سنة ٦٦٦ هـ مكث فى جمعه اكثر من سبع سنين ، توفى سنة ٦٧١ هـ . اوله : الحمد لله بذاته الواحد فى صفاته . . . الخ . قال : سميته حقائق المنظومة ليكون الاسم دالا على فحواه ومخبرا عما حواه[3] . ا . هـ

---

(١) الكشف (٢ : ١٨٦٧) .

(٢) الكشف (٢ : ١٧٦٨) .

(٣) نفس المصدر .

(جـ) عون الدراية والمختلف . للشيخ الامام علاء الدين عالم السمرقندى المتوفى سنة ٥٧١هـ . اوله : الحمد لله المتعزز بذاته المقدس. . . الخ .[١]

(د) المستصفى . لابى البركات حافظ الدين عبدالله بن احمد النسفى المتوفى سنة ٥٧١هـ . وهو شرح بسيط موسع للمنظومة ، ثم اختصره وسماه :

(هـ) المصفى ، وقال : لما فرغت من جمع شرح النافع واملائه وهو المستصفى من المستوفى ، سألنى بعض اخوانى ان اجمع للمنظومة شرحا مشتملا على الدقائق فشرحتها وسميته : المصفى.[٢] ا . هـ

(و) ملتقى البحار من منتقى الاخبار . لابى المفاخر محمد بن محمد السويدى الزوزنى . المتوفى بعد سنة ٦٩٩هـ. اوله : احمده على بدائع كرمه المتواترة درر انوائها . . . . الخ . ذكر فيه ان اوسط اولاده عبدالعزيز التمس منه ان يشرحه ، فاجاب .[٣]

(ز) الموجز . لابى الحسن على بن محمد بن على . ذكره ابن الجوزى .[٤]

(ح) النور المستنير . للامام ابو بكر محمد الحدادى الحنفى . فى مجلد كبير .[٥]

---

(١) الكشف (٢ : ١٨٦٨) .

(٢) الكشف (٢ : ١٨٦٧) .

(٣) الكشف (٢ : ١٨٦٨) .

(٤) نفس المصدر .

(٥) الكشف (٢ : ١٨٦٨) .

(ط) ولابى اسحاق ابراهيم بن احمد الموصلى المتوفى سنة ٦٥٢هـ ، شرح فى مجلدين [١] .

(ى) ولخطاب بن ابى القاسم القره حصارى شرح ايضا فى مجلدين توفى بعد سنة ٧١٧هـ .

(ك) وشرحها ايضا رضى الدين ابراهيم بن سليمان الحموى المنطقى المتوفى سنة ٧٣٢هـ فى مجلدين [٣] .

(ل) وللامام السغدى على بن الحسين بن محمد ابى الحسن شرح عليها ايضا . توفى سنة ٤٦١هـ .

وشرحها آخرون عديدون ، نكتفى بمن ذكرنا منهم .

(١٣٤) الموجز فى الفروع . لحبيب بن عمر الفرغانى الحنفى .

(١٣٥) الموجز فى الفروع . لابى الحسن على بن حسين الجوزى الشافعى رتبه على ترتيب المختصر ـ للمزنى ـ مشتمل على حجاج من الخصوم اعتراضا وجوابا ذكره السبكى نقلا عن ابن الصلاح [٤] .

(١٣٦) المورد الاهنى فى اختصار المحلى لابن حزم [٥] المتوفى سنة ٤٥٦هـ .

---

(١) الكشف (٢ : ١٨٦٧) .

(٢) الكشف (٢ : ١٨٦٨) .

(٣) نفس المصدر .

(٤) الكشف (٢ : ١٩٩٩) .

(٥) فى المركز برقم (٤٥٧) مصور عن الخزانة العامة بالرباط برقم (٤٠) ق الاوراق : (٤٠٨) . الاسطر : مختلف . بخط مغربى .

(١٣٧) الميزان الشعرانى المدخلة لجميع اقوال الائمة المجتهدين ومقلديهم فى الشريعة المحمدية . للشيخ عبدالوهاب بن احمد الشعرانى المتوفى سنة ٩٧٣هـ .[1] وهو مطبوع متداول .

(١٣٨) نشر المذاهب . للامام برهان الدين على بن ابى بكر المرغينانى المتوفى سنة ٥٩٣هـ .[2]

(١٣٩) الهادى الى مذاهب العلماء . لابى عاصم محمد بن احمد الهروى الشافعى المتوفى سنة ٤٥٨هـ .[3]

(١٤٠) هداية الذاهب فى معرفة المذاهب . لكمال الدين ابى البركات عبدالرحمن بن محمد الانبارى المتوفى سنة ٥٧٧هـ .[4]

(١٤١) هداية السالك الى معرفة المذاهب الاربعة فى المناسك للقاضى عزالدين عبدالعزيز بن البدر محمد بن جماعة الشافعى المتوفى سنة ٦٦٧هـ . اوله : الحمدلله الذى شرح لقاصديه افضل طريق . . . الخ . رتبه على ستة عشر بابا .[5]

(١٤٢) الوافى فى الفروع . للامام ابى البركات عبدالله بن احمد حافظ الدين النسفى الحنفى المتوفى سنة ٧١٠هـ وهو كتاب مقبول

---

(١) الكشف (٢ : ١٩١٨) .

(٢) الكشف (٢ : ١٩٥٣) .

(٣) الكشف (٢ : ٢٠٢٦) .

(٤) الكشف (٢ : ٢٠٣٠) .

(٥) الكشف (٢ : ٢٠٣٠) . يوجد فى المركز برقم (٧) مصور عن الظاهرية برقم (٢٢١٤) . الاوراق : (٣٦٣) . الاسطر : (١٩) .

معتبر . اوله : الحمد لمن من على عباده بارسال رسله . . . الخ

قال : كان يخطر ببالي ابان فراغي ان ائلف كتابا جامعا لمسائل الجامعين والزيادات، حاويا لما في المختصر ونظم الخلافيات مشتملا على بعض مسائل الفتاوى والواقعات[(١)] . ا . هـ

واكتفى فيه بالعلامات : فالحاء لابي حنيفة ، والسين لابي يوسف ، والميم لمحمد ، والزاي لزفر ، والفاء للشافعي ، والكاف لمالك ، والواو رواية اصحابنا ثم شرحه وسماه : الكافي[(٢)] .

(١٤٣) وسائد الانصاف في علم الخلاف . لمحمد بن محمد الاسدي المقدسي ، المتوفى سنة ٨٠٨هـ[(٣)] .

(١٤٤) وسائل الاسلاف الى مسائل الخلاف . ليوسف بن قرا علي بن عبد الله سبط ابن الجوزي[(٤)] . المتوفى سنة ٦٥٦هـ .

(١٤٥) الوسائل في فروق المسائل . لابي الخير سلامة بن اسماعيل المعروف بابن جماعة المقدسي الشافعي المتوفى سنة ٤٨٠هـ في مجلد[(٥)] . يوجد في جامعة برنستون في ولاية نيوجرسي

---

(١) الكشف (٢ : ١٩٩٧) .

(٢) نفس المصدر .

(٣) الكشف (٢ : ٢٠٠٧) .

(٤) في المركز برقم (٢٢٩) مصور عن مكتبة اسعد افندي بالسليمانية برقم (١٠٤٢) الاوراق : (٢٧٢) . الاسطر : (٢٣) . الناسخ : احمد بن نعمة المقدسي . تاريخ النسخ : سنة ٦٢٧هـ .

(٥) الكشف (٢ : ٢٠٠٧) .

بامريكـــا (١) .

(١٤٦) ينابيع الاحكام . للشيخ الامام ابى عبدالله محمد بن محمد بـن زنكى الاسفرائينى الشعبى الساوى ،

اوله: الحمد لله الذى اوجب على عباده انواع العبادات . . الخ جعله على اربعة ابواب : الاول : فى العبادات . والثانــى فى المبايعات . والثالث : فى المناكحات . والرابع : فــى الجراحات . ثم ذكر الدافع الى تأليفه وطريقته فيه ، ورمـــوز الكتاب الى المذاهب المختلفة (٢) .

(١٤٧) وممن الف فى الخلاف ايضا ابو ثور الكلبى فقد صحب الامـــام الشافعى فى بغداد واخذ عنه ، والف فى مسائل الاختلاف بـين مالك والشافعى وكان اميل الى الشافعى فى كتبه (٣) .

قال ابن عبدالبر : له ـ اى ابا ثور ـ مصنفات كثيرة منها كتا ب ذكر فيه اختلاف مالك والشافعى وذكر مذهبه فى ذلك ، وهـو اكثر ميلا الى الشافعى فى هذا الكتاب ، وفى كتبه كلهـــا واسمه : ابراهيم بن خالد بن ابى اليمان الكلبى البغـــدادى المتوفى سنة ٢٤٠هـ (٤) .

---

(١) مقدمة اختلاف الفقهاء (ص ٥) .

(٢) الكشف (٢ : ٢٠٥٠) .

(٣) ضحى الاسلام (٢ : ٢٢٣) .

(٤) الاعلام (١ : ٣٧) .

(١٤٨) ومن الف فيه ايضا ابو علي الحسن بن خطير النعماني المتوفى سنة ٥٩٨هـ . جمع اختلاف الصحابة والتابعين والفقهاء[1].

(١٤٩) ومنهم ايضا محمد بن محمد الباهلي الشافعي المتوفى سنة ٣٢١هـ[2].

(١٥٠) ومنهم ايضا ابو بكر الطبري اللؤلؤى الحنفي . وهو من اصحاب محمد بن شجاع[3].

الى غير اولئك ممن الفوا وكتبوا في هذا العلم مما هو مسطور في اسفار المخطوطات المنتشرة في مكتبات العالم، والتي يصعب استقصاؤها في زمن محدود وجهد مقيد .

---

(١) الكشف (١ : ٣٣) .
(٢) الكشف (١ : ٣٣) .
(٣) الكشف (١ : ٣٣) .

المطلب الثاني : بيان عهود الاهتمام بالتأليف في علم الخلاف عبر القرون

لمعرفة مدى العناية بعلم الخلاف في العصور الاسلامية فقد رأيت ان ارتب اسماء من كتبوا في هذا العلم ترتيبا زمنيا حسب وفياتهم جاعلا مؤلفي كل قرن بارقام تسلسلية مستقلة عن غيرهم، للوقوف على عدد من الف فيه من العلماء، كما سأدعم ذلك برسم بياني يوضح ذلك المعنى، وستجري الدراسة على من وقفت على سنة وفاتهم من علماء الخلاف فقط. فاقول وبالله التوفيق :

اولا : جملة من الف في الخلاف في القرن الثالث :

(١) الشافعي : ابوعبد الله محمد بن ادريس توفي سنة ٢٠٤هـ. رقم كتابه كما اثبتناه في مؤلفات علم الخلاف هو (٢٥).

(٢) البويطي : يوسف بن يحيى، الشافعي توفي سنة ٢٣١هـ. رقم كتبه في علم الخلاف (٦، ٧، ٨، ٩).

(٣) ابو ثور الكلبي : ابراهيم بن خالد. توفي سنة ٢٤٠هـ رقم (١٤٧)

(٤) الربيع بن سليمان بن عبد الجبار المرادي الشافعي. توفي سنة ٢٧٠هـ. رقم كتبه (٦، ٧، ٨، ٩).

(٥) المرادي : محمد بن منصور بن يزيد المقري الكوفي. توفي سنة ٢٩٠هـ. رقم (٤٨).

(٦) المروزي : محمد بن تسترى بن محمود. توفي سنة ٢٩٤هـ رقم (١٢).

اذن: مجموع الكتب المؤلفة في هذا القرن : اثنا عشر كتابا .

ثانيا : جملة من الف فى الخلاف فى القرن الرابع :

(١) النيسابورى : ابو بكر محمد بن منذر . توفى سنة ٣٠٩ هـ رقم (٢٦) .

(٢) المروزى : ابو اسحاق ابراهيم بن جابر الشافعى توفى سنة ٣١٠ هـ رقم (٤) .

(٣) الطبرى : ابو جعفر محمد بن جرير . توفى سنة ٣١٠ هـ رقم (١٧)

(٤) ابن المنذر : ابو بكر محمد بن ابراهيم النيسابورى . توفى سنة ٣١٨ هـ . رقم كتبه (٣ ، ٣٦ ، ٤٤) .

(٥) الطحاوى : ابو جعفر احمد بن محمد ، الحنفى . توفى سنة ٣٢١ هـ . رقم (١٤ ، ١٩) .

(٦) الباهلى : محمد بن محمد ، الشافعى . توفى سنة ٣٢١ هـ . رقم (١٤٩) .

(٧) الطبرى : ابو على حسن بن قاسم ، توفى سنة ٣٥٠ هـ رقم (١١١) .

(٨) ابو حنيفة : نعمان بن محمد المغربى الشيعى الامامى . توفى سنة ٣٦٣ هـ . رقم (١٠ ، ١٨) .

(٩) الجصاص : ابو بكر احمد بن على الحنفى . توفى سنة ٣٧٠ هـ . رقم (١٤) .

(١٠) السمرقندى : ابو الليث نصر بن محمد . توفى سنة ٣٧٥ هـ . رقم (١١٩) .

(١١) ابن بابويه : محمد بن احمد القمى . توفى سنة ٣٨١ هـ . رقم (٧٥) .

(١٢) الدارقطني : ابو الحسن علي بن عمر، الشافعي . توفي سنة ٣٨٥هـ رقم (١٢٧) .

(١٣) الاصيلي : ابو محمد عبدالله بن ابراهيم بن محمد ، المالكي توفي سنة ٣٩٢هـ . رقم (٧٩) .

اذن : مجموع الكتب المؤلفة في هذا القرن : سبعة عشر كتابا .

ثالثا : جملة من الف في الخلاف في القرن الخامس :

(١) الاردستاني : ابو الحسن محمد بن عبدالواحد الاصبهاني الشافعي ، توفي سنة ٤١١هـ . رقم (٧٨) .

(٢) النسفي : ابو جعفر محمد بن احمد الحنفي ، توفي سنة ٤١٤هـ . رقم (٥٨) .

(٣) القدوري : ابو الحسين احمد بن محمد الحنفي ، توفي سنة ٤٢٨هـ رقم (٥٢) .

(٤) الدبوسي : ابو زيد عبدالله بن عمر الحنفي ، توفي سنة ٤٣٠هـ . رقم (٥١، ٦٠) .

(٥) المروزي : ابو علي الحسن بن محمد ، توفي سنة ٤٣٢هـ . رقم (٨٧) .

(٦) الجويني : ابو محمد عبدالله بن يوسف ، توفي سنة ٤٣٨هـ . رقم (١١٦) .

(٧) ابن حزم : ابو محمد علي بن احمد بن سعيد ، توفي سنة ٤٥٦هـ رقم (٤٥، ٦٨، ١١٥، ١٣٦) .

(٨) الـهروى : ابو عاصم محمد بن احمد ، الشافعى ، توفى سنـــــة ٤٥٨هـ . رقم (١٣٩) .

(٩) البيهقى : ابو بكر احمد بن الحسين بن على ، توفى سنة ٤٥٨هـ رقم (١٦، ٧٢، ١١٦) .

(١٠) السغدى : ابو الحسن على بن الحسين بن محمد ، توفى سنـــة ٤٦١هـ . رقم (١٣٣/ل) .

(١١) ابن عبد البر: ابو عمر يوسف بن عبد الله النمرى القرطبى المالكـــى توفى سنة ٤٦٣هـ . رقم(٢٤، ٣٨، ٣٩) .

(١٢) ابن الصباغ : عبد السيد بن محمد الشافعى ، توفى سنة ٤٧٧هـ رقم (١٠٥) .

(١٣) الجوينى : امام الحرمين ابو المعالى عبد الملك بن عبد اللــــــه الشافعى ، توفى سنة ٤٧٨هـ . رقم(٢٣، ٩٩) .

(١٤) المتولى : ابو سعيد عبد الرحمن بن مأمون بن على ، الشافعـــى توفى سنة ٤٧٨هـ . رقم (٩٠) .

(١٥) ابن جماعة : ابو الخير سلامة بن اسماعيل المقدسى الشافعـــى توفى سنة ٤٨٠هـ . رقم (١٤٥) .

(١٦) السمعانى : منصور بن محمد المروزى الشافعى ، توفى سنة ٤٨٩هـ رقم (٢٩، ٥٠) .

(١٧) العبدرى : ابو الحسن على بن سعيد ، الحنفى ، توفى سنة ٤٩٣هـ رقم (١٠٧، ١١٨) .

(١٨) الباجي : ابو الوليد سليمان بن خلف، المالكي ، توفي سنة ٤٩٤هـ . رقم (١٢٠) .

اذن، مجموع الكتب المؤلفة في الخلاف في هذا القرن : تسعة وعشرون كتابا .

رابعا : جملة من الف في الخلاف في القرن السادس :

(١) الغزالي : ابو حامد محمد بن محمد ، الشافعي ، توفي سنة ٥٠٥هـ . رقم (١٠٩) .

(٢) الشاشي : ابو بكر محمد بن احمد ، الشافعي ، توفي سنة ٥٠٧هـ رقم (١٢٥، ٧٠) .

(٣) السمرقندي : احمد بن محمد بن الحسين ، الحنفي ، توفي سنة ٥٢٢هـ . رقم (١٢٨) .

(٤) الفقيه : يوسف بن عبد العزيز ، توفي سنة ٥٢٣هـ . رقم (٥٩) .

(٥) الميهني : اسعد بن محمد ، توفي سنة ٥٢٧هـ . رقم (٨٨) .

(٦) السرخسي : عمر بن محمد الشافعي ، توفي سنة ٥٢٩هـ . رقم (٣١، ٣٢) .

(٧) الطبري : ابو علي حسين بن قاسم ، توفي سنة ٥٣٠هـ . رقم (١١٤) .

(٨) العقيلي : عبد العزيز بن عثمان بن علي الاسدي النسفي الحنفي توفي سنة ٥٣٣هـ . رقم (٥٧) .

(٩) النسفي : ابو حفص عمر بن محمد بن احمد ، توفي سنة ٥٣٧هـ رقم (١٣٣) .

(١٠) العكبرى : عبدالله بن الحسين الحنبلى النحوى ، توفى سنة ٥٣٨هـ . رقم (٥٦) .

(١١) الزمخشرى : ابو القاسم محمود بن عمر ، الحنفى توفى سنة ٥٣٨هـ رقم (٨٤) .

(١٢) ابن العربى : ابو بكر محمد بن عبدالله بن محمد المعافرى الاشبيلى المالكى توفى سنة ٥٤٣هـ . رقم (٤٢ ، ٦٤) .

(١٣) النيسابورى : ابو سعيد محمد بن يحيى ، توفى سنة ٥٤٨هـ . رقم (٣٧ ، ٤٠) .

(١٤) السمرقندى : ابو الفتح علاء الدين محمد بن عبد الحميد الاسمندى ، توفى سنة ٥٥٢هـ . رقم (١٣٣/أ) .

(١٥) ابو يعلى : محمد بن محمد بن محمد بن الحسين بن الفراء الحنبلى ، توفى سنة ٥٦٠هـ . رقم (٥٥) .

(١٦) ابن هبيرة : عون الدين يحيى بن هبيرة بن محمد بن هبيرة الشيبانى الحنبلى ، توفى سنة ٥٦٠هـ . رقم (١ ، ٢ ، ١٣ ، ٢٧ ، ٣٤ ، ٤٦) .

(١٧) البروى : ابو منصور محمد بن محمد توفى سنة ٥٦٧هـ . رقم (٦٢)

(١٨) ابن القصار : ابو الحسن على بن احمد ، توفى سنة ٥٧٦هـ . رقم (٩٦) .

(١٩) الانبارى : كمال الدين ابو البركات عبدالرحمن بن محمد ، توفى سنة ٥٧٧هـ . رقم (١٤٠) .

٢٠) ابن برى : ابو محمد عبدالله بن ابى الوحش برى بن عبد الجبار المقدسي اللغوى ، توفي سنة ٥٨٢هـ . رقم (٢١) .

٢١) ابن الدهان : فخر الدين ابو شجاع محمد بن على البغدادى توفي سنة ٥٩٠هـ . رقم (٦٣) .

٢٢) المرغيناني : برهان الدين على بن ابى بكر ، توفي سنة ٥٩٣هـ . رقم (١٣٨) .

٢٣) ابن رشد : ابو الوليد محمد بن احمد بن محمد بن احمد القرطبى المالكي ، توفي سنة ٥٩٥هـ . رقم (٤٩) .

٢٤) ابن الجوزى : ابو الفرج عبد الرحمن بن على بن محمد الحنبلى توفي سنة ٥٩٧هـ . رقم (٧١ ، ٤١) .

٢٥) النعمانى : ابو على الحسن بن خطير ، توفي سنة ٥٩٨هـ . رقم (١٤٨) .

٢٦) الهمدانى : ركن الدين ابو الفضل محمد بن محمد العراقى توفي سنة ٦٠٠هـ . رقم (٣٠ ، ٦٠) .

اذن : مجموع الكتب المؤلفة فى هذا القرن سبعة وثلاثون كتابا .

خامسا : جملة ما الف فى القرن السابع :

(١) الرازى : فخر الدين محمد بن عمر الشافعى ، توفي سنة ٦٠٦هـ رقم (٩٢) .

(٢) السهيلى : معين الدين محمد بن ابراهيم ، الشافعى ، توفى سنة ٦١٣هـ . رقم (٩١) .

(٣) الطوسي : رضي الدين المؤيد بن محمد بن علي النيسابوري الحنفي ، توفي سنة ٦١٧هـ . رقم (٣٠) .

(٤) الامدي : سيف الدين ابو الحسن علي بن ابي علي ، الشافعي توفي سنة ٦٣١هـ . رقم (٨٩) .

(٥) ابن عربي : محيي الدين محمد بن علي ، الصوفي ، توفي سنة ٦٣٨هـ . رقم (١١٥/ب) .

(٦) ابن قدامة : موفق الدين ابو محمد عبد الله بن احمد بن محمد الحنبلي ، توفي سنة ٦٢٠هـ . رقم (١٣٠) .

(٧) الرافعي : ابو القاسم عبد الكريم بن محمد القزويني الشافعي توفي سنة ٦٢٣هـ . رقم (١٠٠) .

(٨) المقدسي : جمال الدين ابو موسى عبد الله بن عبد الغني بن عبد الواحد بن سرور المقدسي ثم الدمشقي توفي سنة ٦٢٩هـ . رقم (١٠٣) .

(٩) الموصلي : ابو اسحاق ابراهيم بن احمد ، توفي سنة ٦٥٢هـ . رقم (١٣٣/ط) .

(١٠) سبط ابن الجوزي : يوسف بن قرا علي بن عبد الله ، توفي سنة ٦٥٦هـ . رقم (١٤٤) .

(١١) اللبودي : نجم الدين يحيى بن شمس الدين بن عبد الله بن عبد الواحد ، توفي سنة ٦٦١هـ . رقم (٥٤) .

(١٢) ابن جماعة : عز الدين عبد العزيز بن البدر بن محمد الشافعي توفي سنة ٦٦٧هـ . رقم (١٤١) .

(١٣) المقدسي :زين الدين احمد بن عبدالدائم، توفي سنة ٦٦٨هـ رقم (٨٦) .

(١٤) اللؤلؤي : ابو المحامد محمود بن محمد بن داود البخاري الافشنجي ، توفي سنة ٦٧١هـ . رقم (١٣٣/ب) .

(١٥) الاصفهاني : شمس الدين محمد بن محمد ، توفي سنة ٦٨٨هـ رقم (١٠٤) .

(١٦) الاصبحي :محمد بن ابي بكر بن منصور اليمني الشافعي، توفي سنة ٦٩١هـ . رقم (٢٨) .

(١٧) ابن الساعاتي : مظفر الدين احمد بن علي بن ثعلب البغدادي الحنفي ، توفي سنة ٦٩٤هـ . رقم (١٢٤) .

(١٨) الشاذلي : عبدالعزيز الديري ، توفي سنة ٦٩٧هـ . رقم (٢٢) .

(١٩) اللخمي : ابو عبدالله محمد بن فرح الاشبيلي ، المالكي، توفي سنة ٦٩٩هـ . رقم (١١٧) .

(٢٠) الزوزني : ابو المفاخر محمد بن محمد السديدي الحنفي ، كان حيا في سنة ٦٩٩هـ . رقم (١٣٣/و) .

اذن: مجموع الكتب المؤلفة في هذا القرن تسعة عشر كتابا .

سادسا :جملة ما الف في القرن الثامن :

(١) السمرقندي : علاء الدين عالم ، توفي سنة ٧٠١هـ . رقم (١٣٣/ج) .

(٢) النسفي :حافظ الدين ابو البركات عبدالله بن احمد الحنفي توفي سنة ٧١٠هـ . رقم (١٣٣/د ، ١٤٤) .

(٣) القرة حصاری : خطاب بن ابی القاسم، توفی بعد سنة ٧١٧هـ .
رقم (١٣٣/ی) .

(٤) السخاوی : محمد بن عبدالرحمن بن محمد السمرقندی توفی سنة ٧٢١هـ . رقم (٩٤) .

(٥) الامنتی : سراج الدین یونس بن عبدالمجید ، توفی سنة ٧٢٥هـ .
رقم (١٢٢) .

(٦) المالکی : علی بن عمر، توفی سنة ٧٣٠هـ . رقم (٩٥) .

(٧) المنطقی : رضی الدین ابراهیم بن سلیمان الحموی ، توفی سنة ٧٣٢هـ . رقم (١٣٣/ك) .

(٨) الاندلسی : ابو حیان محمد بن محمد بن یوسف، توفی سنة ٧٤٥هـ . رقم (١١٥/أ) .

(٩) الذهبی : ابو عبدالله محمد بن احمد ، توفی سنة ٧٤٨هـ . رقم (١١٥/جـ) .

(١٠) الکاکی : محمد بن محمد الخجندی الحنفی، توفی سنة ٧٤٩هـ
رقم (٩٧) .

(١١) الطرسوسی : نجم الدین ابراهیم بن علی ، الحنفی توفی سنة ٧٥٨هـ . رقم (٢٠) .

(١٢) ابن وهبان : عبدالوهاب بن احمد ، توفی سنة ٧٦٨هـ . رقم (٧٤/ب) .

(١٣) الغزنوی : سراج الدین ابو حفص عمر بن اسحق الهندی الحنفی

توفى سنة ٧٧٣هـ . رقم (٨٥، ٩٨) .

(١٤) الدمشقي : ابو عبد الله محمد بن عبد الرحمن ، العثماني ، توفى بعد سنة ٧٨٠هـ . رقم (٨١) .

(١٥) ابن خضر : شهاب الدين احمد بن محمد ، توفى سنة ٧٨٥هـ . رقم (٧٤/د) .

(١٦) القونوي : شمس الدين ابو عبد الله محمد بن يوسف بن اليـاس الدمشقي ، توفى سنة ٧٨٨هـ . رقم (٧٤) .

اذن: مجموع الكتب المؤلفة في هذا القرن ثمانية عشر كتابا .

سابعا : جملة ما الف في القرن التاسع :

(١) الاسدي : محمد بن محمد ، المقدسي ، توفى سنة ٨٠٨هـ . رقم (٦٥، ١٤٣) .

(٢) ابن قاضي سماونة : بدر الدين محمود بن اسرائيل ، توفى سنة ٨٢٣هـ . رقم (١٠٨) .

(٣) البخاري : شمس الدين محمد بن محمد بن محمود الحنفي توفى بعد سنة ٨٥٠هـ . رقم (٧٤/جـ) .

(٤) العيني : بدر الدين محمود بن احمد الحنفي ، توفى سنة ٨٥٥هـ رقم (٤٧، ١٢٤)

(٥) ابن قطلوبغا : زين الدين ، الحنفي ، توفى سنة ٨٧٩هـ . رقم (٧٤/و) .

(٦) الكافيجي : محيي الدين محمد بن سليمان ، توفى سنة ٨٧٩هـ . رقم (١٠١) .

(٧) العينى : زين الدين ابو محمد عبد الرحمن بن ابى بكر الحنفى توفى سنة ٨٩٣هـ . رقم (٧٤/أ) .

اذن: مجموع ما الف فيه من الكتب تسعة كتب .

ثامنا : جملة ما الف في القرن العاشر :

(١) ابن عربشاه : تاج الدين ابو الفضل عبد الوهاب بن احمد ، توفى سنة ٩٠١هـ . رقم (٧٦) .

(٢) السيوطى : جلال الدين عبد الرحمن بن ابى بكر ، توفى سنة ٩١١هـ . رقم (٦٩) .

(٣) القرامانى : سليمان بن على ، توفى سنة ٩٢٤هـ . رقم (٧٣) .

(٤) العيثاوى : يونس بن عبد الوهاب بن احمد بن ابى بكر الشافعى توفى سنة ٩٥٨هـ . رقم (٦٧) .

(٥) طاش كبرى زاده : عصام الدين احمد بن ابى الخير بن مصطفى الرومى الحنفى ، توفى سنة ٩٦٨هـ . رقم (٤٣) .

(٦) ابن نجيم : زين العابدين بن ابراهيم المصرى الحنفى ، توفى سنة ٩٧٠هـ . رقم (٨٢) .

(٧) الشعرانى : عبد الوهاب بن احمد ، توفى سنة ٩٧٣هـ . رقم (١٠٦ ، ١٣٧) .

(٨) الكرمانى : محمد بن مكرم بن شعبان الحنفى ، توفى سنة ٩٧٥هـ رقم (١٢٣) .

اذن: مجموع ما الف في هذا القرن تسعة كتب .

تاسعا : مؤلفات الخلاف فى القرن الثانى عشر والثالث عشر والرابع عشر :

(١) المحلي : حسين بن محمد الشافعي ، توفى سنة ١١٧٠هـ . رقم (٣٥) .

(٢) السباعى : احمد بن صالح المالكى ، توفى سنة ١٢٦٦هـ . رقم (١٣١) .

(٣) الجزيرى : عبدالرحمن بن محمد المتوفى سنة ١٣٦٠هـ . انظر بعد رقم (١٠١) . اذن هى ثلاثة كتب فقط .

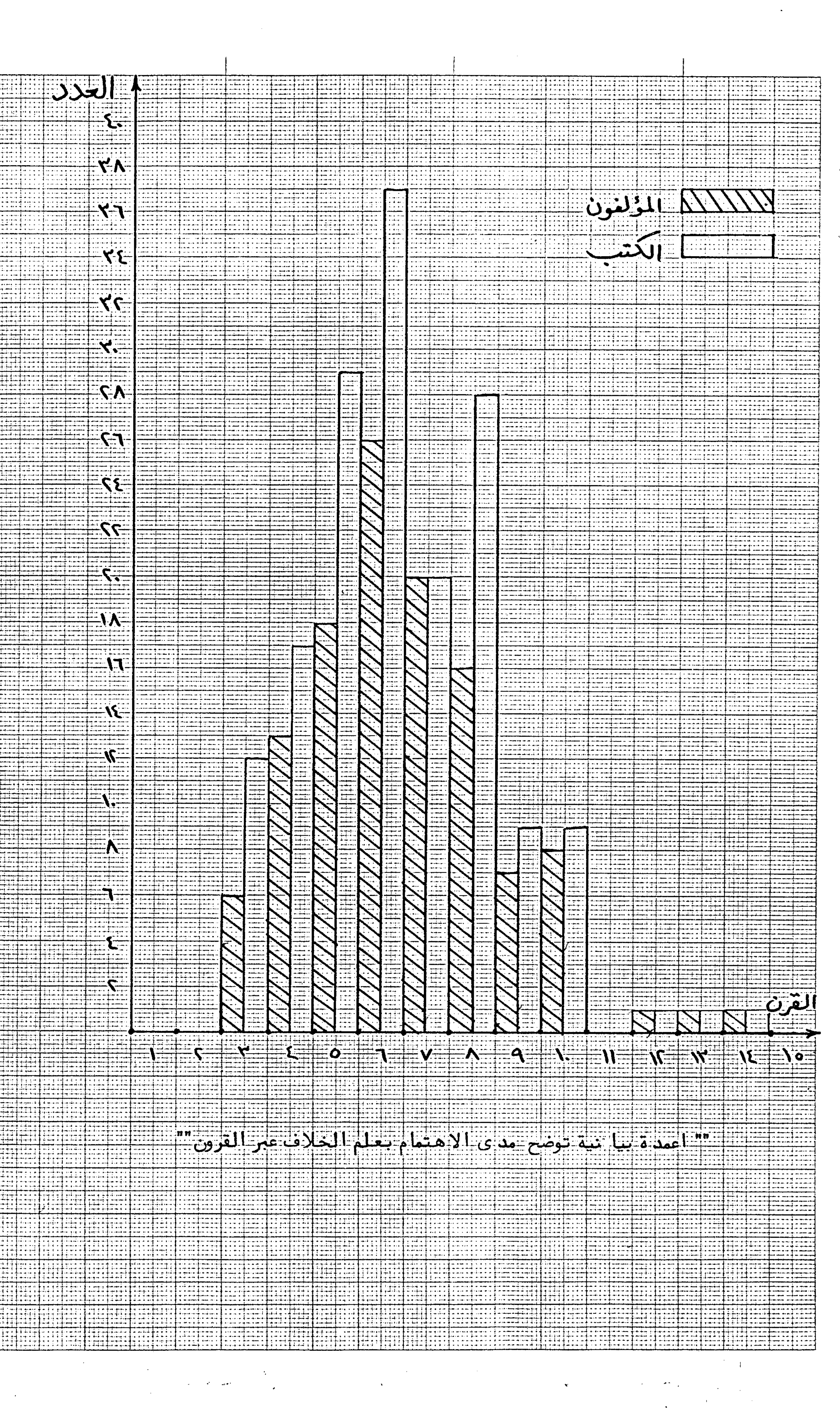
بالاحصاءات التى ذكرناها يتبين ان علم الخلاف مر بمراحل تاريخية ازداد الاهتمام فيها به ، وقل فى اخرى وانعدم فى القرون الاخيرة .

فقد وصل الى القمة فى القرن السادس حيث الف فيه سبعة وثلاثون كتابا ثم الخامس حيث الف فيه تسعة وعشرون كتابا ، يليه السابع وقد الف فيه عشرون كتابا ، ثم الثامن الذى الف فيه ثمانية عشر كتابا ، يليه الرابع وفيه الف سبعة عشر كتابا ، بعد ذلك يأتى القرن الثالث حيث عدد المؤلفات فيه اثنا عشر كتابا ، ثم يأتى بعده القرن التاسع وقد صنف فيه تسعة كتب ومثله فى القرن العاشر ، ثم لا يوجد فى الحادى عشر شىء وفى القرون الثانى عشر والثالث عشر والرابع عشر يؤلف فى كل واحد منها كتاب واحد فقط .

وسبب تفاوت الاهتمام بعلم الخلاف هو ما ذكرناه في المطلب السادس من الفصل الثاني من هذا الباب[1]. وبالله تعالى التوفيق .

واليك الرسم البياني الموضح لحركة التأليف في علم الخلاف عبر القرون :

(١) انظر (ص ٢٢٤) والتي تليها .



""اعمدة بيانية توضح مدى الاهتمام بعلم الخلاف عبر القرون""

الباب الثالث
دراسة الكتاب

ويتكون هذا الباب من ستة فصول

الفصل الأول : في عنوان الكتاب ومعناه .

الفصل الثاني : في توثيقه .

الفصل الثالث : في نسخه .

الفصل الرابع : في شروحه .

الفصل الخامس : في وصفه .

الفصل السادس : في المصطلحات الفقهية الواردة فيه .

الفصل السابع : في المآخذ عليه .

الفصل الأول :

عنوان الكتاب ومعناه

ويتكون من مطلبين

المطلب الأول :

في عنوان الكتاب

المطلب الثاني :

في معنى عنوان الكتاب

المطلب الاول : عنوان الكتاب

اسمه الكامل ، كما اثبته مؤلفه : النكت في المسائل المختلف فيها بين الشافعي المطلبي الهاشمي القرشي ، وبين ابي حنيفة رضي اللهعنهما .

ثم اختلفت عبارة المترجمين للشيخ ابى اسحاق فى ذكر عنوان هذا الكتاب ، فذكره ابن عساكر وابن الجوزى وابن خلكان وابن كثير وابن السبكى وطاش كبرى زاده والمراغى وعمر كحالة ومحمد فريد وجدى بعنوان : النكت فى الخلاف[١] .

هكذا على جهة الاختصار ، فذكروا اول اسم الكتاب ، ثم الفن الذى كتب فيه .

وسماه حاجى خليفة : النكت فى علم الجدل[٢] .

واما بدر الدين الزركشي فسماه : تذكرة الخلاف[٣] .

---

(١) انظر : تبيين كذب المفترى (ص٢٧٧) ، المنتظم (٩ : ٦) ، وفيات الاعيان (١ : ٢٩) ، البداية والنهاية (١٢ : ١٢٤) ، طبقات ابن السبكى (٣ : ٨٨) ، مفتاح السعادة (٢ : ٣١٨) ، الفتح المبين (١ : ٢٥٦) ، معجم المؤلفين (١ : ٦٩) ، دائرة معارف القرن العشرين (٥ : ٤٢٢) .

(٢) كشف الظنون (٢ : ١٩٧٧) .

(٣) انظر البحر المحيط فى علم الاصول : الصفحة اليسرى من الورقة الاولى فى الجزء الاول .

واورده حاجى خليفة فى موضع آخر بعنوان : تذكرة المسئولين في الخلاف بين الحنفى والشافعي[١].

وبمثل ذلك العنوان اورده اسماعيل باشا البغدادى ايضا لكن بزيادة لفظة" المذهبين" بعد لفظة " بين"[٢].

وتابعهما على هذه التسمية الاستاذ صبحى ، الا انه اختصرها بقوله : تذكرة المسئولين[٣]. ثم اشار الى ان مرجعه فى ذلك : حاجى خليفة .

وقد سبق ان وجهنا هذه التسمية وتسمية الزركشى ايضا عند الكلام على الكتاب الثالث من مؤلفات الشيخ ابى اسحاق .

---

(١) كشف الظنون (١ : ٣٩١) .

(٢) هدية العارفين (٥ : ٨) .

(٣) دائرة المعارف الاسلامية (١٤ : ٢٣) .

المطلب الثاني : معنى عنوان الكتاب

النكت : بضم النون وفتح الكاف ، جمع نكتة ، وتجمع ايضا على نكات بكسر النون ، ولا يصح فيها الضم ، كما هو فعل العوام من الناس .

تقول : نكت الارض ينكتها نكتا ، اذا اوقع فيها اثرا باصبعه او بقضيب او رمح في يده ، كما يفعل المفكر المهموم [١] .

والنكتة في الشيء كالنقطة فيه ، ومنه الحديث : تعرض الفتن على القلوب كالحصير ، عودا عودا ، فاى قلب اشربها نكتت فيه نكتة سوداء واى قلب انكرها ، نكتت فيه نكتة بيضاء [٢] . . . الحديث .

قال الزمخشري : كل نقطة من بياض في سواد او سواد في بياض ، نكتة ، تقول : هو كالنكتة البيضاء في جلد الثور الاسود [٣] . ا . هـ

ومنه الحديث : ان المؤمن اذا اذنب كانت نكتة سوداء في قلبه [٤] . ا . هـ

---

(١) انظر النهاية (٥ : ١١٣) ، القاموس (١ : ١٥٩) ، اللسان (٢ : ١٠٠) والتي تليها .

(٢) رواه مسلم و(١ : ١٢٨) كتاب الايمان ، باب بيان ان الاسلام بدأ غريبا وسيعود غريبا . رقم الحديث (٢٣١) .

(٣) اساس البلاغة (ص ٩٨٩) .

(٤) وتمامه : فان تاب ونزع واستغفر صقل قلبه ، فان زاد زادت ، فذلك الران الذي ذكره الله في كتابه : كلا بل ران على قلوبهم ما كانوا يكسبون . ا . هـ رواه ابن ماجه (٢ : ١٤١٨) كتاب الزهد ، باب ذكر الذنب رقم ٤٢٤٤ .

وتستعمل مجازا في الكلام ، فيقال : جاء بنكتة وبنكت في كلامه

وقد نكت - كشدد - في قوله ، وفاعل ذلك : منكت ونكات - كشداد -

ومنه قولهم : فلان نكات في الاعراض، اى طعان فيها.(١)

و النكتة من الكلام : الجملة المنقحة المحذوفة الفضول.(٢)

وقد استعملها العلماء في : المسألة الدقيقة التي اخرجت بدقة

نظر وامعان فكر.(٣)

ثم اختلفوا في تعليل تسميتها بذلك على ثلاثة اقوال :

الاول : لتأثر الخواطر باستنباطها .

الثاني : لانها تؤثر في النفس قبضا .

الثالث : لانها تؤثر فيها بسطا .

والجميع متفقون على انها اذا اثرت في النفس نوع انبساط تسمى

حينئذ لطيفة.(٤)

وكتابنا " النكت" الذي بين ايدينا ، يحوى جميع ذلك ، فهو :

اولا : كتاب يحتوى على عيون مسائل الفقه التي وقع فيها

الاختلاف بين الشافعي وابي حنيفة . فاذا كان الفقه صفحة بيضاء

---

(١) انظر اساس البلاغة (ص ٩٨٩) .

(٢) اقرب الموارد (٢ : ١٣٤٢) .

(٣) انظر التعريفات (ص ٢٤٦) .

(٤) انظر اقرب الموارد (٢ : ١٣٤٢) .

كانت منها كالنقط السوداء في تميزها عن غيرها وبروزها ودقتها واهميتها .

ثانيا : المسائل فيه مصوغة باسلوب بليغ، اذ جعل المؤلف - في صياغته لها - يخاطب المنتهين من العلماء في الفقه ، ولذلك جاء الكتاب خاليا من التعريفات والتمهيدات والادلة القريبة المأخذ ، ولو فعل غير ذلك ، بان صاغه باسلوب مبتذل ثم سماه بالنكت ، لحاد به عن البلاغة ، لان كلامه حينئذ لايطابق الحال ، فان البلاغة كمايعرفها اهلها : مطابقة الكلام لمقتضى الحال .

ثالثا : مسائل الكتاب جاءت باسلوب فصيح واضح ، خال من التعقيد بنوعيه : اللفظي الذى هو تنافر الحروف ، والمعنوى الذى هو تنافر المعانى .

فصح ان يسمى بالنكت ، لانه : عبارة عن لآلئ فقهية دقيقة استخرجت من بحر الفقه الزاخر مما جرى الخلاف فيه بين ابى حنيفة والشافعي ، بدقة نظر وامعان فكر، صيغت بجمل منقحة محذوفة الفضول .

ومن هنا ندرك مرمى الشيخ ابى اسحاق من تسميته هذا الكتاب بالنكت ، وانه اسم طابق مسماه .

الفصل الثاني : توثيق الكتاب

الكتاب من تأليف الشيخ ابي اسحاق قطعا ، والادلة على ذلك نوعان :

النوع الاول : ادلة عامة :

(١) ان جميع من ترجم للشيخ ابي اسحاق تقريبا ، قد نصوا على ان له كتابا في الخلاف ، وان تفاوتت عبارتهم في تحديد عنوان الكتاب ، كما اسلفنا قريبا .

(٢) ان الذين ذكروا كتابه هذا ، ممن ترجموا للشيخ ابي اسحاق لم يذكروا ان احدا قد نفى عنه هذا الكتاب ، او نازع في صحة نسبته اليه .

(٣) ان اسلوبه فيه يتطابق مع اسلوبه في اللمع وشرحه والتبصرة والمهذب وغيرها ، وخاصة من حيث المحاورة والمجادلة وتجنب التجريح بالخصم .

النوع الثاني : ادلة خاصة :

(١) ان الامام ابا القاسم الرافعي المتوفى سنة ثلاث وعشرين وستمائة قد ذكره في كتابه فتح العزيز ، فقال : وعن الشيخ ابي اسحاق الشيرازي : انه لو اشترى جارية وولدها الصغير ، ثم تفاسخا البيع في احدهما جاز[1] ا . هـ

---

(١) فتح العزيز (٨ : ٢٢٧) .

(٢) وقد بين الشيخ محيى الدين النووي المتوفى سنة ست وسبعين وستمائة في اى كتاب قال الشيخ ابو اسحاق ذلك ، فقال في كتاب المجموع[١] : وقال الشيخ ابو اسحاق المصنف ـ اى لكتاب المهذب ، حيث المجموع شرح له ـ في كتابه في الخلاف : لو اشترى جارية وولدها الصغير ثم تفاسخا البيع في احدهما جاز[٢] . ا.هـ

(٣) ان الامام شمس الدين الذهبي المتوفى سنة ثمان واربعين وسبعمائة قد ذكره في كتابه الميزان[٣] ، عند ترجمته لاسحاق بن عنبسة ، فقال : قرأت في مسائل الخلاف للشيخ ابى اسحاق الشيرازى انه ضعيف[٤] . ا.هـ يعني اسحاق بن عنبسة . الا ان الذهبي وافق الشيخ اباسحاق على تضعيفه ابن عنبسة ، ولكنه خالفه في اسمه ، فقال : وصوابه يحيى بن عنبسة . ا.هـ

(٤) وذكره ابن السبكي في طبقاته ايضا فقال : ذكر الشيخ ابواسحاق في النكت احتمالا لنفسه ، فيما اذا نذر صلاة مؤقتة واخرجها عن وقتها انه يقتل[٥] . ا.هـ

ثم وقفت على نص الشيخ ابي اسحاق على هذا الكتاب في كتابه الملخص في الجدل ، في الورقة الثانية من الوجه اليمنى ، حيث قال : والعبادة هي الطاعة لله عز وجل ، وقال بعض اصحاب ابي حنيفة : ما افتقر من الطاعات الى النية ، وقد بينا فساد ذلك في مسائل الخلاف في الفروع . اهـ

---

(١) المجموع (٩ : ٣٥٤) .

(٢) النكت

(٣) الميزان (١ : ١٩٥) رقم الترجمة ٧٧٧ .

(٤) النكت (ق ٨١ / أ) .

(٥) طبقات ابن السبكي (٣ : ٩٨) .

الفصل الثالث : في نسخ الكتاب

لم اجد مع البحث والتنقيب الكثير، رغم الاستعانة ببعض الاخوة ممن يجيدون لغات اجنبية كالانجليزية والالمانية وغيرهما ورغم كثرة ما اطلعت عليه من فهارس للمخطوطات ، سوى نسختين اثنتين في العالم كله .

النسخة الاولى : في تركيا ، في مكتبة احمد ثالث، في مدينة اسلامبول رقم(١١٥٤) اربع وخمسون ومائة والف . تحت عنوان : اختلاف الفقهاء .

ذكره في ملحق بروكلمان (١ : ٦٧٠) ولكنه قال ان رقمه (٥٠٧) سبع وخمسمائة . ولكن المثبت على المخطوط هو ماذكرنا .

توجد منه صورة في مركز البحث العلمي في جامعة ام القرى واخرى من جامعة الدول العربية بالقاهرة ، الا انها مصورة عن نفس النسخة الموجودة في مكتبة احمد ثالث في تركيا ، كما ان في الجامعة الاسلامية بالمدينة المنورة صورة ثالثة منه ايضا ، وهي مصورة عن نسخة تركيا كاللتين قبلها .

النسخة الثانية : في مكتبة جامعة برنستن بولاية نيوجرسي في امريكا ،برقم (١٦٦٩) تسعوستون وستمائةوالف .

اشار اليها في فهرس المخطوطات العربية ، قسم اليهوديات في مجموعة جاريت . في الصفحة السادسة والاربعين بعد المائة .

واليك وصف كامل لكل من هاتين النسختين على انفراد في مطلبين مستقلين :

المطلب الاول : اوصاف النسخة الاولى

(١) يرجع تاريخ المخطوط الى سنة ست وستين واربعمائة ، اى انه مكتوب اثناء حياة المؤلف ، وقد تم نسخه ليلة الاحد لخمس مضين من شعبان من تلك السنة .

(٢) خط نسخي معتاد ، واضح ، سوى بعض الغبش فى اوائله .

(٣) قياسه : ١٣ × ١٩ سم . فى كل صفحة اثنان وثلاثون سطرا .

(٤) عدد الاوراق : ثلاثمائة وتسع ورقات . كلها فى مجلد واحد .

(٥) فى المخطوط نقص بضعة اوراق فى اوائله ، وبالتحديد فى الورقة الثالثة والاربعين ، يظهر ذلك عند النظر فى آخر الصفحة اليمنى من تلك الورقة واول الورقة اليسرى منها ، حيث الكلام غير متناسق ، فقد قال فى نهاية اليمنى : - فى مسألة القراءة من المصحف فى الصلاة - قالوا : اعتمد فى الفرض على غيره ، فهو كما لو تعلق بحبل فى القيام ، قلنا : هناك لم يقم برجله وهاهنا قرأ بلسانه . ا.هـ

وقال فى اول اليسرى : ربك لايستكبرون عن عبادته وله يسجدون . ا.هـ فدل ذلك على وجود سقط بينهما . وقد رجعت الى مختصر النكت المسمى : نكت المسائل المحذوف منه عيون الدلائل . فالفيتها اعنى المسائل الساقطة اثنتين وثلاثين مسألة .

(٦) كما يوجد فى طيات الكتاب سقط يسير ، بين الحين والاخر فاحيانا يقول المصنف جوابا على سؤال الخصم ، قلنا . ثم

يترك للجواب فراغا وقد كتب عنده في الهامش عبارة : موضع بياض حصل ذلك في اربعة اماكن ، الاول : في الصفحة اليسرى من الورقة الثامنة والاربعين . فقال : قالوا . . . ثم بعده بياض الموضع الثاني : في الصفحة اليمنى من الورقة السبعين بعد المائة ، عقب قوله : قيل .

الموضع الثالث : في الصفحة اليمنى من الورقة السابعةوالسبعين بعد المائة ، عقب قوله : قلنا .

الموضع الرابع : في الصفحة اليمنى من الورقة الحادية والسبعين بعد المائتين ، عقب قوله : قلنا .

(٧) ناسخها هو نفس المالك ، وهو اونيس بن عمرو بن علي الموشلاني المراغي . ويبدو انه من طلبة العلم المتمكنين ، ولذلك فقد خلت النسخة من الاخطاء العلمية كتحريف الاصطلاحات او الاعلام وخالية من الاخطاء الاملائية ، الا النذر اليسير ، نبهت عليه في محله .

(٨) كان نسخ الكتاب في المدرسة النظامية بمدينة السلام (بغداد) .

(٩) النسخة مقروءة على الشيخ ابي اسحاق ، في ثمانية عشر مجلسا وعقب كل مجلس يكتب الناسخ وهو احد طلبة الشيخ ، فيما يبدو ، لانه يستعمل في اكثر الاحيان عبارة : بلغنا المقابلةمعه ولله الحمد . يكتب عبارة تفيد انتهاء المقابلة عنده . واليك بيان تلك المجالس مفصلة :

(١) من اول الكتاب الى الصفحة اليمنى من الورقة التاسعة والعشرين وفي الهامش : بلغت المقابلة مع الشيخ الامام . وكان الوقف عند قوله : مسألة : اذا مضى من الوقت قدر الصلاة ، ثم جن لم تسقط الصلاة .

(٢) ومنها الى الصفحة اليمنى من الورقة الثانية والثلاثين . عند قوله مسائل الاذان . قال الناسخ : قوبل .

(٣) ومنها الى الصفحة اليمنى من الورقة الثانية والاربعين ، عند مسألة القراءة واجبة في كل ركعة . قال : قوبل .

(٤) ومنها الى الصفحة اليمنى من الورقة الرابعة والاربعين ، عند مسألة : اذا مرت بالمصلى آية رحمة سأل الله تعالى ذلك واذا مرت به آية عذاب استعاذ منه . قال : قوبل .

(٥) ومنها الى الصفحة اليسرى من الورقة الرابعة والخمسين . عند مسائل القصر . قال : بلغت المقابلة .

(٦) ومنها الى الصفحة اليمنى من الورقة الرابعة والسبعين ، عند كتاب الزكاة . قال : بلغنا المقابلة معه ولله الحمد .

(٧) ومنها الى الصفحة اليمنى من الورقة التسعين ، عند كتاب الصيام قال : بلغنا المقابلة معه ولله الحمد .

(٨) ومنها الى الصفحة اليمنى من الورقة الرابعة بعد المائة ، عند مسألة : لايجوز ادخال العمرة على الحج في احد القولين قال : قوبل .

(٩) ومنها الى الصفحة اليمنى من الورقة التاسعة بعد المائة عند مسائل الطواف. قال : بلغنا المقابلة معه ولله الحمد .

(١٠) ومنها الى الصفحة اليمنى من الورقة الرابعة عشرة بعد المائة عند قوله : مسائل جزاء الصيد ، قال : قوبل .

(١١) ومنها الى الصفحة اليمنى من الورقة الخامسة والعشرين بعد المائة عند قوله : مسائل الاطعمة . قال : بلغنا المقابلة معه ولله الحمد .

(١٢) ومنها الى الصفحة اليمنى من الورقة الخامسة والثلاثين بعد المائة عند قوله : مسائل الثمار . قال : بلغنا المقابلة معه ولله الحمد .

(١٣) ومنها الى الصفحة اليمنى من الورقة التاسعة والاربعين بعد المائة ، عند قوله : مسائل الرهن . قال : بلغنا المقابلة معه ولله الحمد .

(١٤) ومنها الى الصفحة اليسرى من الورقة التاسعة والخمسين بعد المائة ، عند قوله : مسائل الشركة . قال : بلغنا المقابلة معه ولله الحمد .

(١٥) ومنها الى الصفحة اليسرى من الورقة الحا دية والسبعين بعد المائة ، عند قوله : مسائل العارية . قال : بلغنا المقابلة معه ولله الحمد .

(١٦) ومنها الى الصفحة اليسرى من الورقة الثانية والثمانين بعد المائة عند قوله : مسائل الوقف . قال : بلغنا المقابلة معه ولله الحمد .

(١٧) ومنها الى الصفحة اليمنى من الورقة الرابعة والستين بعد المائة عند قول : مسألة : تحمل عاقلة الذمي الدية عنه . قال : قوبل .

(١٨) ومنها الى الصفحة اليسرى من الورقة التاسعة بعد المائة الثالثة وهي آخر الكتاب . قال : بلغت المقابلة .

(١٠) عادة الناسخ في الصلاة على النبى صلى الله عليه وسلم ان يستعمل صيغة : صلى الله عليه . ا.هـ وذلك في جميع الكتاب. والاولى ان يقترن السلام مع الصلاة عليه صلى الله عليه وسلم لقوله تعالى (يا ايها الذين آمنوا صلوا عليه وسلموا تسليما)[1] واكتفى بهذا التنبيه عليه هنا، عنه في اماكنه .

(١١) وفيما يتعلق بصيغة الصلاة على النبى صلى الله عليه وسلم تنبيه آخر، فقد ذكر الناسخ فى نهاية الكتاب قوله : تم الكتاب بحمد الله، والحمد لله رب العالمين، وصلى الله على محمد سيد المرسلين وخاتم النبيين وعلى آله اجمعين . ا.هـ ولم يتبع ذلك بالصلاة على الصحابة رضى الله عنهم، وهذا تقصير منه وفيه تشبه بالشيعة في موقفهم من الصحابة رضى الله عنهم . وقد قال الله تعالى فيهم : (لقد رضى الله عن المؤمنين اذ يبايعونك تحت الشجرة فعلم مافى قلوبهم، فانزل السكينة عليهم واثابهم فتحا قريبا)[2] .

---

(١) سورة الاحزاب : ٥٦

(٢) سورة الفتح : ١٨

(١٢) على صفحة العنوان ، عبارة تملك[1] ، وهي : صار ملكا لعتيق الله بن التقي ، المعروف ببهارى ، في شهر رمضان ،سنة ستين وستمائة ، وبعده تملك آخر لكنه غير واضح ، وفي حاشية الصفحة عبارات غير واضحة ايضا ، وفي اعلى شمال الصفحة ختم دائرى مكتوب فيه : الحمد لله الذى هدانا لهذا وماكنا لنهتدى لولا ان هدانا الله . ا.هـ وداخل الختم توقيع ، ووقف .لكن لم يتضح منه الاسم ولا جهة الوقف .

هذا جملة ما اردت ذكره ، في وصف هذه النسخة .

---

(١) وجود التملكات على هذه النسخة يفيد انها متداولة على اكثر من يد ، ومقروءة مدروسة من المالك ، بدليل ان عليها بعض التعليقات المفيدة في عدة اماكن . فهي اذن نوع مشاركة في تصحيح النسخة وزيادة الثقة بمعلوماتها .

((صفحة العنوان من نسخة الاصل))

((الصفحة الاولى من نسخة الاصل))

((الصفحة الاخيرة من نسخة الاصل))

المطلب الثاني : اوصاف النسخة الثانية

(١) يرجع تاريخ هذه النسخة الى يوم الاربعاء التاسع والعشرين من شهر ذي القعدة سنة اربع واربعين وسبعمائة .

(٢) نوع الخط، نسخي واضح جدا .

(٣) لم يذكر قياس الصفحة فيه . ولكن كل صفحة تحتوي على سبعة عشر سطرا .

(٤) هذه النسخة مجزأة الى ثلاث مجلدات ، يبدأ الاول منها باول الكتاب وينتهي الى كتاب الحج . ويبدأ الثاني من كتاب الحج الى قوله في كتاب النكاح : مسألة : لاينعقد نكاح المسلم بالذمية بشهادة كافرين ، وقال ابو حنيفة : ينعقد . الى آخر المسألة . وعدد اوراق هذا الجزء ثمان وثلاثون ومائتا ورقة . ويبدأ الجزء الثالث كما اشار الناسخ في آخر الجزء الثاني بمسألة لايجوز للاب والجد اجبار البكرالبالغة[١] . الى آخر الكتاب .

(٥) في هذه النسخة نقص كبير، حيث لايوجد فيها الجزء الاول ، ولا الجزء الثالث . وقد سألت المختصين وتتبعت الفهارس وراسلت جهات عديدة ، منها في المغرب المكتبة الملكية في الرباط واحد

---

(١) وهو خطأ من الناسخ ، والصواب حذف حرف (لا) فان للاب عند الشافعية تزويج البكر صغيرة كانت او كبيرة بغير اذنها الا انه يستحب له استئذانها في ذلك ، بخلاف الثيب فليس له اجبارها مطلقا ، والجد كالاب في ذلك . انظرالمنهاج (ص٩٦) .

المشايخ في مدينة طنجة المغربية ، حيث سمعت ان لديه مخطوطات نادرة ، وانه جماعة للمخطوطات في المغرب .
وارسلت الى جماعة من اهل العلم والخبرة في الكتب والمكتبات في الكويت .
بل وسافرت الى كل من امريكا وهولندا[1] ، حين علمت بان فيها نسخا من مخطوطتنا ، عن طريق فهارس المخطوطات ، وسألت هنالك القائمين على المخطوطات ، وبعض العاملين في الجامعات ووجدت تجاوبا جيدا من القائمين على المخطوطات في البلدين المذكورين ، لكن دون جدوى ، سوى الجزء الثاني من هذه النسخة .

(٦) في هذه النسخة سقط واخطاء املائية وتصحيفات وتحريفات كثيرة جرى التنبيه على كل ذلك في اماكنه منها .

(٧) اسم الناسخ : محمد بن حسن الفيومي نسبا ، الشافعي مذهبا ولكنه لم يذكر مكان او بلد النسخ .

(٨) ليس في هذه النسخة مايشير الى انها مقابلة على اصل وثيق ولذلك كثر فيها النقص والتحريف والتصحيف .

(٩) في اعلى الصفحة وفوق عنوان الكتاب وهو : الجزء الثاني من

---

(١) على نفقة الجامعة ، بتاريخ ٢٧/١٢/١٤٠١هـ ، الموافق ٢٥/١٠/١٩٨١م .

كتاب النكت في مسائل الخلاف بين الشافعية والحنفية . كتبت هذه العبارة : هذا كتاب رحمة الامة في اختلاف الائمة . وقد سبق التنبيه على ذلك عند الكلام على الكتاب الثالث من مؤلفات ابي اسحاق (١) .

(١٠) على صفحة العنوان تملكات اربع ، بعضها واضح كالذي في اوسط الصفحة على الجهة اليسرى منها ، فقد قال : ملكه العبد الفقير من فضل ربه القدير : الحاج مصطفى العراقي . وتحته تملك آخر بعضه واضح ، ونصه : ملكه العبد الفقير الى مولاه القدير يحيا الغزى الشافعي في اوائل ذى القعدة سنة . وبعدها طمس لا يقرأ مافيه .

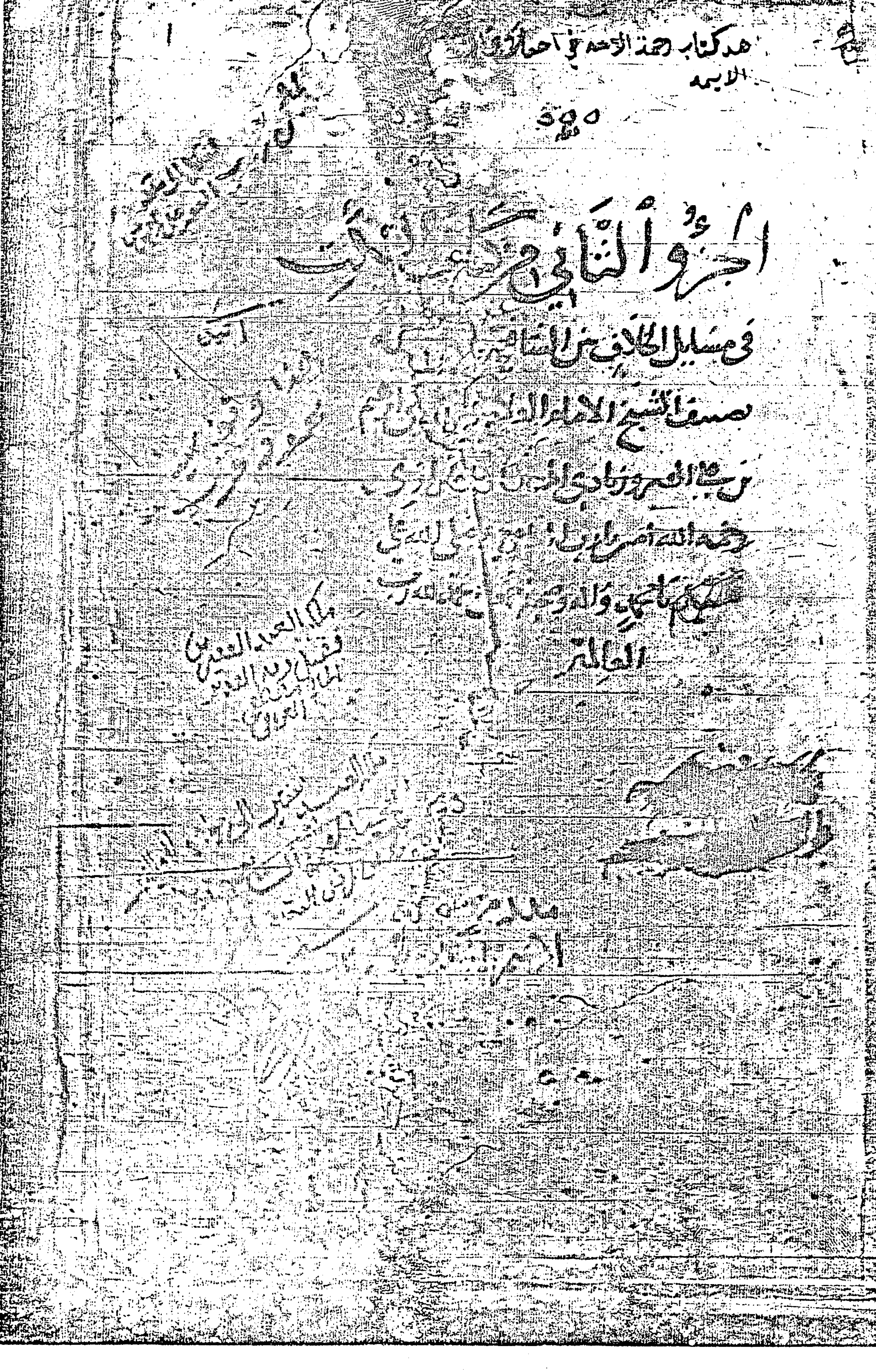
وبجانبه والى اسفل منه قليلا تملك ثالث غير واضح ، والمقروء منه قوله : ملكه من .... ابراهيم .... وهناك في اعلى يسار الصفحة عبارة : من كل الى ملكه ، على يد الفقير علي راوس .

(١١) على صفحة العنوان ، وبمحاذاته من الجهة اليسرى عبارة : هذا وقف سيد محمود عزت . لكن لم يذكر جهة الوقف ولا تاريخه .

هذا جملة ما اردت ذكره في وصف هذه النسخة هنا .

---

(١) انظر (ص ١٣٦) .



((صفحة العنوان من نسخة "" ب ""))

بسم الله الرحمن الرحيم وصلى الله على محمد وآله

باب الحج مسألة

لا يحبط الحج بنفس الردة وقال ابو حنيفة يحبط لنا قوله عز
وجل ومن يرتدد منكم عن دينه فيمت وهو كافر فاولئك
حبطت اعمالهم […] فرغ من حجة الاسلام على الصحة
فلم يلزمه استئنافها […] لو لم يرتد […] لو اذا مات حبط
عمله ولا يجوز ان […] الموت لانه لا صنع له فيه فثبت انه
حبط بنفس الردة قيل الحبط […] على الردة الى ان مات
ولانه يجوز ان يبطل بالردة […] الموت وان لم يكن من صنعه
كالرجم الزاني […] الاحصان وان لم يكن […] شرطه
من فعله مسألة […] الحج على المعضوب ببذل الطاعة
وقال ابو حنيفة لا يجب لنا هو انه احد جهتي اداء الحج فجاز
ان يجب به […] وعدم المال كالاداء بنفسه ولانه عبادة
بدنية […] فجاز ان يلزم بطاعة الغير كالوضوء
حق المعضوب ولانه لو ملك ما لا يلزمه لانه يتوصل به الى
طاعة […] فلا يلزمه اذا حصلت له الطاعة اولى
قالوا […] على فعل الحج بنفسه ولا ماله فلا يلزمه اذا بذل
له

له اجنبي او فقيرا او بذل له مال قلنا […] الاصول
وجهان وان سلم فلان بذل الاجنبي […] الاستطاعة
لانه تلحقه المنة وفي حملها مشقة […] ولو بذل له
المال تلحقه في الكفارة وفي الولد لا تلحقه المنة فلزمه كما
لو بذل له الماء في الطهارة ولان […] بنفسه وماله لرجل
لنفسه وماله وقد جعل نفس الابن […] ولذلك قال صلى الله
عليه وسلم اولادكم من كسبكم […] انت ومالك لابيك
ولهذا اذا وطئ جارية ابنه […] واما الفقير فغير
مستطيع بنفسه فلا يصير […] مستطيعا به كالزمن اذا
اطاقه بالمال وهذا مستطيع بنفسه فصار به مستطيعا
كالصحيح اذا الطاعة بمال واما بذل المال فلا يلزمه به
الحج لا يلزمه ان يكتسب ما يتعلق به الوجوب […] وهاهنا
ما يتعلق به الوجوب حاصل له من […] فهو كما لو
ملك المال ولهذا لو بذل له مال […] الى من يوصيه
او يشتري به المال لم يلزمه ولو بذل له […] يوصيه او يشتري
به المال لم يلزمه ولو بذل نفسه له لزمه […] ولو بذل
له نفس المال لزمه قالوا عبادة فلا يلزمه […] كالجهاد والزكاة

((الصفحة الاولى من نسخة "ب"))

قلنا على قول ابي سعيد الاصطخري يعتبر البحث ولئن سلم فلان
الايجاب يحضره الحاكم ولا مشقة عليه في معرفة العدالة
الباطنة لانه نصب لذلك والعقد يتولاه الخاص والعام
وفي ايجاب البحث مشقة فاكتفي بالعدالة الظاهرة مسئلة
لا ينعقد النكاح ولا يثبت بشاهد وامراتين وقال ابو حنيفة
ينعقد ويثبت لنا حديث عايشة ولان ما لا يقصد به المال
ويطلع عليه الرجال لم يثبت بشاهد وامراتين كالحدود
والقصاص ولان من لا مدخل له في الشهادة في الحدود لم
يكن له مدخل في الشهادة في النكاح كالصبيان قالوا حق لا
يسقط بالشبهة فاشبه الاموال والبيوع والاجال
في الديون قلنا القصد في الاجل المال فيثبت بالشاهد
والمراتين كقتل الخطا ووطي الشبهة والقصد هاهنا البضع
ولا يدخله البدل فهو كالقصاص والزنا ولان المال وما
يقصد به المال يقضى فيه بالنكول ويدخله البدل فضعف
امره والبضع لا يقضى فيه بالنكول ولا يدخله البدل فالحق
بالحدود والقصاص قالوا لما قام مقام الغير ثبت به النكاح
كالشهادة على الشهادة وكتاب القاضي الى القاضي قلنا ذاك

منه

منه ثبت بمثلها الحدود والقصاص وهذه بينة
ضعيفة لا تثبت بها الحدود والقصاص فهي كالشاهد واليمين
مسئلة لا ينعقد نكاح المسلم بالذمية بشهادة كافرين
وقال ابو حنيفة ينعقد لنا ان من لا ينعقد بشهادته نكاح
مسلمين لم ينعقد بشهادته نكاح مسلم وذمية كالعبدين
ولان سماعهما في حق المسلم لا سماع اذ لا تقبل شهادتهما عليه
فصير كما لو حضر الايجاب ولم يحضر القبول قالوا من جاز
ان يكون وليا في نكاح جاز ان يكون شاهدا فيه كالمسلم قلنا
لان الولي يجوز ان لا يكون مسلما والشاهد لا يجوز الا مسلما
فلم يجز ان يكون كافرا

مسئلة لا يجوز للاب والجد اجبار البكر البالغة

يتلوه في الجزء الثالث من كتاب النكاح
ووافق الفراغ من نسخه يوم الاربعا التاسع
والعشرين من شهر ذي القعدة سنة اربع واربعين
وسبعمائة بيد العبد الفقير الراجي عفو ربه
القدير محمد بن حسن الفيومي نسبا الشافعي مذهبا
غفر الله له ولوالديه ولسائر المسلمين اجمعين وصلى الله
على سيدنا محمد وآله وصحبه اجمعين
والحمد لله رب

((الصفحة الاخيرة من النسخة "" ب ""))

الفصل الرابع : في شروح الكتاب ومختصراته

لابى زرعة احمد بن عبد الرحيم العراقى ، المتوفى سنة ٨٢٦ هـ شرح على كتاب النكت[١]، لكننا لا نعلم عنه شيئا ، لا من حيث الحجم ، ولا من حيث المنهج : هل هو على طريقة المزج ، ام انه شرحه بالقول .

وقد هذب كتاب النكت الامام الابهرى ، ولابى زرعة المذكـــــور نكت على الكتاب ايضا[٢]، ولا نعلم شيئا عن هذين الكتابين ايضا فـــــى الوقت الراهن .

---

(١) انظر كشف الظنون (٢ : ١٩٧٧) .

(٢) نفس المصدر .

الفصل الخامس

وصف الكتاب

ويتكون من أربعة مطالب

المطلب الأول : في مسائل الكتاب

المطلب الثاني : موضوع الكتاب

المطلب الثالث : احاديث الكتاب

المطلب الرابع : حجج الكتاب

المطلب الاول : مسائل الكتاب

وفيه مبحثان :

المبحث الاول : عدد مسائل الكتاب

تناول الكتاب المسائل الرئيسية في جميع ابواب الفقه ، التي جرى بين الشافعية والحنفية اختلاف فيها ، وان كان قد فاته منها القليل ، فوقع الكتاب في الف وستمائة وعشرة مسائل ، تختلف كل واحدة منها عن الاخرى من حيث الاسهاب في ايراد ادلتها ، فتارة تقع المسألة في ربع صفحة او نصفها او كلها ، وقد تبلغ الصفحتين او الثلاث وقد تبلغ اكثر من ذلك ، لكنها في المتوسط تبلغ نصف الصفحة ، تزيد قليلا او تنقص .

المبحث الثاني : منهج المؤلف في عرض مسائل الكتاب

سلك المؤلف في عرض المسائل الفقهية المختلف فيها بين الشافعي وابي حنيفة مسلكا علميا حميدا ، على النحو التالي :

(١) يبدأ بتصوير المسألة والحكم فيها عند الشافعية ، فان كان في المذهب فيها اختلاف ذكره ، سواء كان بين اقوال الامام او الاصحاب .

(٢) ثم يذكر قول ابي حنيفة المخالف للشافعي فيها ، مع ذكر اختلاف الروايات عنه احيانا .

(٣) ثم يحتج للشافعي على مذهبه ، بقوله : لنا ..... الخ .

(٤) ثم يذكر حجة ابي حنيفة او الحنفية ، بقوله : قالوا ، او احتجوا .

(٥) ثم يكر على حجتهم ناقضا ومفندا ، بقوله : قلنا ... الخ .

فان كانت حجتهم عقلية ، ردها بحجة عقلية مماثلة ، وان كانت نقلية بين مأخذه عليها ، فتارة يكون ذلك من جهة السند فيبين درجة الحديث من حيث القوة والضعف ، وان كان فيه علة بينها في الغالب ، وتارة يكون من جهة المتن ، كالنسخ او الاطلاق او الاجمال ، او الاعتراض عليه بحديث اقوى منه .

(٦) ثم يعود فيذكر لهم حجة اخرى ان وجدت ، ثم يتبعها بالرد عليها مستخدما في ذلك اسلوب الجدل والمناظرة فتارة يكون جوابه بالمعارضة وتارة بالالزام وتارة بالحجة المجردة ، وقد حشد

الكثير والكثير من ذلك في كتابه لنصرة مذهب الشافعية على الحنفية .

وهكذا يجعل من المسألة ميدانا للمناظرة والجدل ، الى ان يصل الى مايقطع به حجة الخصم ، ويزيل شبهاته ، ثم يشرع في مسألة اخرى ، فيسير فيها على ذات المنهج .

وهو في جميع مسائل الكتاب يلتزم الادب الجم مع الخصم فلايخرج عن ان يواجه الحجة بالحجة والدليل بالدليل ، باسلوب علمي رفيع ، لايتجاوزه الى التجريح باشخاص الخصوم اصلا ، مما يدل على سعة علم الشيخ وصدره ، وهو اذ يفعل ذلك ، فانما يتأسى بالنبي صلى الله عليه وسلم ، وياليت ان الدعاة والعلماء تتسع صدورهم لمخالفيهم من ابناء ملتهم ، اذن لضاقت عوامل العداوة بينهم ، ولا وشك صفهم ان يلتئم في مواجهة اعداء الاسلام والمسلمين ، والله المستعان .

المطلب الثاني : موضوعات الكتاب

بلغ مجموع الموضوعات التي ذكر المصنف تحتها المسائل الفقهية المختلف فيها : اربعة وتسعون عنوانا على سبيل الاجمال ، وثمانية عشر ومائة عنوان على سبيل التفصيل ، وهي تضم جميع مباحث الفقه الاسلامي .

واليك بيانها على ترتيب المؤلف ، مع ذكر عدد المسائل الواردة تحت كل عنوان :

(١) الطهارة : خمس وثلاثون مسألة .

(٢) التيمم : سبع عشرة مسألة .

(٣) النجاسات : سبع عشرة مسألة .

(٤) المسح على الخفين : سبعة مسائل .

(٥) الحيض : اثنتا عشرة مسألة .

(٦) اوقات الصلاة : ست عشرة مسألة .

(٧) الاذان : عشرة مسائل .

(٨) القبلة : اربعة مسائل .

(٩) السترة : سبعة مسائل .

(١٠) القيام : خمسة مسائل .

(١١) الصلاة : سبع واربعون مسألة .

(١٢) سجود التلاوة : عشرة مسائل .

(١٣) سجود السهو : ثمانى مسائل .

(١٤) اوقات النهى : ست مسائل .

(١٥) التطوع : احدى عشرة مسألة .

(١٦) الامامة : ست عشرة مسألة .

(١٧) القصر : اثنتا عشرة مسألة .

(١٨) الجمعة : اربع وعشرون مسألة .

(١٩) صلاة الخوف : سبع مسائل .

(٢٠) صلاة العيدين : ست عشرة مسألة .

(٢١) الخسوف : ثلاث مسائل .

(٢٢) الاستسقاء : اربع مسائل .

(٢٣) الجنائز : اربع عشرة مسألة .

(٢٤) الشهيد : اربع وعشرون مسألة .

(٢٥) الزكاة : خمس عشرة مسألة .

(٢٦) العشر : ست مسائل .

(٢٧) الاثمان : ثمانى مسائل .

(٢٨) زكاة التجارة : اربع مسائل .

(٢٩) المعدن : مسألتان .

(٣٠) زكاة الفطر : احدى عشرة مسألة .

(٣١) قسم الصدقات : ثمانى عشرة مسألة .

(٣٢) الصيام : اربع وعشرون مسألة .

(٣٣) الاعتكاف : ثماني مسائل .

(٣٤) الحج : سبع عشرة مسألة .

(٣٥) التمتع : احدى عشرة مسألة .

(٣٦) الاحرام : احدى عشرة مسألة .

(٣٧) محظورات الاحرام : خمس وعشرون مسألة .

(٣٨) الطواف :احدى عشرة مسألة .

(٣٩) الوقوف : سبع مسائل .

(٤٠) الرمي : ست عشرة مسألة .

(٤١) جزاء الصيد : اربع عشرة مسألة

(٤٢) الاحصار : تسع مسائل .

(٤٣) الهدى : ست مسائل .

(٤٤) الاضحية : اربع عشرة مسألة .

(٤٥) الصيد والذبائح : خمس عشرة مسألة .

(٤٦) الاطعمة : سبع مسائل .

(٤٧) النذور : عشر مسائل .

(٤٨) البيوع : احدى عشرة مسألة .

(٤٩) الربا : خمس عشرة مسألة .

(٥٠) الثمار : ست مسائل .

(٥١) القبض : ست مسائل .

(٥٢) الرد : خمس عشرة مسألة .

(٥٣) المرابحة : ست مسائل .

(٥٤) اختلاف المتبايعين : سبع مسائل .

(٥٥) البيوع الفاسدة : عشرون مسألة

(٥٦) السلم : ست عشرة مسألة .

(٥٧) الرهن : ثمان وعشرون مسألة .

(٥٨) التفليس : ست مسائل .

(٥٩) الحجر : ست مسائل .

(٦٠) الصلح : ثماني مسائل .

(٦١) الحوالة : مسألتان .

(٦٢) الضمان : ست مسائل .

(٦٣) الشركة : تسع مسائل .

(٦٤) القراض : ست مسائل .

(٦٥) المأذون : ثماني مسائل

(٦٦) الوكالة : عشرون مسألة .

(٦٧) الاجارات : ثمان وثلاثون مسألة

(٦٨) العارية : ثلاثمسائل

(٦٩) الوديعة : تسع مسائل .

(٧٠) الغصب : عشرون مسألة

(٧١) الشفعة : خمس عشرة مسألة .

(٧٢) احياء الموات : سبع مسائل .

(٧٣) اللقطة : عشر مسائل .

(٧٤) اللقيط : خمس مسائل .

(٧٥) الوقف : خمس مسائل .

(٧٦) الهبة : سبع مسائل .

(٧٧) الوصايا : ثلاث وثلاثون مسألة .

(٧٨) العتق : سبع عشرة مسألة .

(٧٩) المدبر : مسألتان .

(٨٠) الكتابة : سبع وعشرون مسألة .

(٨١) امهات الاولاد : اربع مسائل

(٨٢) الفرائض : اربع عشرة مسألة .

(٨٣) النكاح : اثنتان وخمسون مسألة .

(٨٤) الصداق : ست عشرة مسألة .

(٨٥) القسم : اربع مسائل .

(٨٦) الخلع : اثنتا عشرة مسألة .

(٨٧) الطلاق : اربع وثلاثون مسألة

(٨٨) الرجعة : ثلاث مسائل .

(٨٩) الايمان : سبع وخمسون مسألة .

(٩٠) الايلاء : اثنتا عشرة مسألة .

(٩١) الظهار : ثلاث وعشرون مسألة .

(٩٢) اللعان : اثنتان وعشرون مسألة .

(٩٣) العدد : ست وعشرون مسألة .

(٩٤) الرضاع : عشرة مسائل .

(٩٥) النفقات : احدى عشرة مسألة .

(٩٦) الحضانة : اربع مسائل .

(٩٧) الجنايات : ثمان وعشرون مسألة .

(٩٨) الديات : ثمان وعشرون مسألة .

(٩٩) العاقلة : ثلاث عشرة مسألة .

(١٠٠) القسامة : سبع مسائل .

(١٠١) الكفارة : سبع مسائل .

(١٠٢) قتال اهل البغى : خمس مسائل .

(١٠٣) الصول : اربع مسائل .

(١٠٤) الردة : تسع مسائل .

(١٠٥) الحدود : ست وعشرون مسألة .

(١٠٦) حد القذف : اثنتا عشرة مسألة .

(١٠٧) السرقة : ست وعشرون مسألة .

(١٠٨) قطاع الطريق : اثنتا عشرة مسألة .

(١٠٩) الاشربة : اربع مسائل .

(١١٠) السير : ست عشرة مسألة .

(١١١) قسم الفيء والغنيمة : اربع عشرة مسألة .

(١١٢) الجزية : اثنتا عشرة مسألة .

(١١٣) السبق والرمى : ثلاث مسائل .

(١١٤) ادب القضاء : سبع عشرة مسألة .

(١١٥) القسّام : ثلاث مسائل .

(١١٦) الدعاوى والبينات : سبع عشرة مسألة .

(١١٧) الشهادات : اثنتان وعشرون مسألة .

(١١٨) الاقرار :اثنتان وعشرون مسألة .

المطلب الثالث : احاديث الكتاب

واما الاحاديث والاثار، التي اوردها المصنف في الكتاب : فقد بلغت اثنين وسبعون وخمسمائة والف حديث واثر، فيها الصحيح والحسن والضعيف .

والمصنف يعمد احيانا الى نقد الحديث، ببيان ضعفه، وعلة ذلك الضعف، من حيث السند والمتن، حتى لكأنه امام في الحديث، كما فعل بالحديث الذى احتج به الحنفية في ثبوت خيار الرؤية : من اشترى مالم يره، فهو بالخيار اذا رآه، الذى اورده المصنف في الصفحة اليمنى من الورقة الثامنة والعشرين بعد المائة حيث قال : قلنا : قال الدارقطني : هذا حديث باطل لم يروه غير عمر بن ابراهيم الكردى، وهو كذاب يضع الحديث وانما هو عن ابن سيرين، ورفعه ايضا اسماعيل بن عياش عن ابى بكر بن ابى مريم عن مكحول، والاول ضعيف، والثاني متروك، ومكحول عن النبي صلى الله عليه وسلم مرسل، ثم الزمهم بقاعدتهم التي يقولون فيها : اذا خالف الراوى ماروى فالعبرة بما رآه لا بما رواه لان عدوله عن العمل به تضعيف منه للرواية، فقال : وقد سئل مكحول فقيل له : اشتريت فرسا وهو غائب قال : لا يصح بيع الغائب. ا. هـ

ولا غرو فقد كان من تلاميذه ائمة من المحدثين، كالخطيب البغدادى وقد كان الشيخ ابو اسحاق يلجأ اليه كثيرا في معرفة الصحيح من الضعيف وكان يقول عنه :انه دارقطني عصرنا [1].

---

(١) انظر طبقات ابن السبكي (٣ : ١٤) ، طبقات ابن هداية الله (ص ١٦٥) والتي تليها .

وانما كان يفعل ذلك مع احاديث الخصوم، واما الاحاديث التي يحتج بها الشافعية، فما كانت لتحظى منه بمثل ذلك النقد، بل كان يوردها دون تطبيق، فقد تكون صحيحة وقد تكون ضعيفة، ففي مثل هذا تتبعناه واوضحنا احاديث كل من المذهبين الشافعي والحنفي دون تحيز لطرف دون آخر، بل تركنا القواعد العلمية الحديثية تحدد درجة حديث هؤلاء واولئك .

المطلب الرابع : حجج الكتاب

حشد المؤلف في كتابه من الحجج النقلية والعقلية مالا يكاد يوجد الا في مجموعة من الكتب الفقهية ، فقد ذكر للدلالة على عدم صحة بيع الغائب مثلا[1] ، مايقرب من عشرين دليلا ، مابين حجة والزام واعتراض وجواب .

فجاء كتابا مغنيا عن الكثير ، ولا يغني عنه الكثير .

---

(١) انظر المسألة رقم (١) .

الفصل السادس

المصطلحات الفقهية في الكتاب

ويتكون من مطلبين

المطلب الأول

المصطلحات الفقهية الشافعية

المطلب الثاني

المصطلحات الفقهية الحنفية

المصطلحات الفقهيــة

لكل مذهب فقهي اصطلاحاته الفقهية التي كثيرا ماتترد د فـــي كتبه ، قد تتفق وقد تختلف مع غيره ، ولذلك فقد كان من الا همية بمكـان ان نأتي على ذكرها في المذهبين : الشافعي والحنفي ،لا نهـــا قد ورد ذكر بعضها في مخطوطتنا " النكت" وقد رأيت ان افصح عـــن سائرها ،تتميما للفائدة.

وقد آثرت افراد الكلام عليها في هذه المقدمات والد راســـات تلافيا لتكرار التعليق عليها في اماكنها المتفرقة من المخطوطة ، ولكـــي تكون بجمعها في مكان واحد اسهل تناولا واكثر احاطة .

وسأورد ها مرتبة على الحروف الهجائية ، في مطلبين مستقلـــين فاقول وبالله التوفيق :

المطلب الاول : المصطلحات الفقهية الشافعية

(١) الاحتياط :

هو لفظ يطلق ويراد منه تارة الوجوب، وتارة الندب[١] .

(٢) الاحوط :

هو مايلوح الى علة اقوى . كما اذا كان القولان او الوجهان قويين معنى واعتبارا وقياسا ،لكن في احد الجانبين تلويح الى نص من الشارع او تعميم نص، رعاية لذلك يقول : والاحوط .

مثاله : قول الرافعي في المحرر في تزويج الامة اذا كان تحته حرة لا تصلح للاستمتاع : الاحوط المنع،لعموم قوله تعالى : (ومن لم يستطع منكم طولا ان ينكح المحصنات المؤمنات فمما ملكت ايمانكم من فتياتكم المؤمنات)[٢]. فان كلا من الجانبين اعتبره جماعة من معظم الاصحاب من الفريقين ، ويصح استعمال الاصح والارجح مكان الاحوط، لاقتضاء مقام كل قوة[٣].

(٣) الاشبه :

هو ماقوى شبهه بكلام الشافعي ، او بكلام اكثر اصحابه اومعظمهم

---

(١) الاتحاف(١ : ٢٩٧) ، نقلا عن كتاب كشف تعليل المحرر، للامام تاج الدين الاصفهاني، وهو شافعي المذهب.

(٢) سورة النساء : ٢٥

(٣) الاتحاف(١ : ٢٩٦) .

ويقابله الشبيه .

وليس المراد انه قياس شبه ، او قياس علة المشابهة .

مثاله : قول الرافعي في المحرر في الاواني : والاشبه انه لافرق بين ان تكون الضبة في محل الشرب والاستعمال او غيره . ا . هـ

اراد : الاشبه بكلام الشافعي .

وفي تعجيل الزكاة قال : والاشبه اعتبار قيمة يوم القبض . ا . هـ

اراد : الاشبه بكلام الاصحاب[1] .

(٤) الاشهر :

هو ماقوى اعتباره في المذهب ، واشتهر انه منه ، ويقابله المشهور[2] .

مثال ذلك : قول الرافعي في مسألة الميزاب : وان سقط الكل فالواجب نصفه على الاشهر ، اى من الوجهين او القولين توزيعا على ماحصل من مباح مطلق ، ومباح بشرط سلامة العاقبة ، والثاني : يوزع على مافي الداخل والخارج ، فيجب قسط الخارج ، ثم بعد ذلك فالاعتبار اما بالوزن عند بعض ، وبالمساحة عند بعض آخر ، والثاني مشهور من المذهب لكن الاول اشهر اعتبارا في المذهب .

ويحق استعمال الاظهر مقامه عند ظهور علته ، كما في الصورة المذكورة[3] .

---

(١) انظر الاتحاف (١ : ٢٩٦) .

(٢) انظر الاتحاف (١ : ٢٩٧) .

(٣) نفس المصدر .

(٥) الاصـــح :

هو ماقوى صحته اصلا وجامعا اوواحدا منهما من القولـــين او الوجهين او الاقوال او الوجوه[١] . واذا قلت الاصح واطلقت فالمراد من وجوه الاصحاب، والا فيجب التقييد فيقال :اصح قولى الامام .

مثاله قول الرافعي في المحرر : المستعمل اذا بلغ قلتـــين فاصح الوجهين انه يعود طهورا ، قياسا على الماء النجس، والثانـــى لايعود قياسا على الماورد . ا.هـ فالقياس الثانى صحيح ، والاول اصح للمجانسة والجلاء ، وعروض مايخرج عن حقيقته ، والامام ابوحامد الغزالـى عبر عنه فى كتبه : باقيس الوجهين ، لقوة قياسه اصلا وجامعا ، ولانـــه اقيس باصل المذهب[٢] .

وهل الاصح اقوى من الصحيح ام العكس، رأيان للشافعيـــة فمذهب الشهاب الرملى ان الصحيح اقوى[٣]، ونقل الشبراملسى ان الاصح اقوى تصحيحا من الصحيح[٤] .

(٦) الاظهـــر :

هو ماقوى ظهور اصله وعلته او واحد منهما . وهو اعلى من الصحيح والظاهر، ومقابله : الظاهر[٥] . قال الجلال المحلى : وتستعمل كلمـــة

(١) الاتحاف (١ : ٢٩٥) .
(٢) نفس المصدر .
(٣) انظر نهاية المحتاج (١ : ٤٢) .
(٤) نفس المصدر .
(٥) انظر الاتحاف (١ : ٢٩٥) .

الاظهرفي حال قوى الخلاف، للاشعار بظهور مقابله[(١)] . ا.هـ ويقع كل من الاظهر والاصح موضع الاخر، لقرب معناهما في كلام الائمة[(٢)] .

مثاله : قول الرافعي في المحرر: اذا اشتبه ماء وبول ، ومـاورد لم يجتهد على اظهر الوجهين . ا.هـ

قال الاصفهاني : فالقول بعدم الاجتهاد اظهر اصلا وعلة لعدم اعتضاد كل واحد باصل ظاهر، وكون الاجتهاد اتباع ظن ناشئ من دليل وامارة عند عروض ما على اصل احد الشيئين او وصفه والقول بالاجتهاد ظاهر علة بناء على وجود الامارة في الكل .

وكالمتغير بالتراب المطروح ، فالاظهر انه مطهر لان التراب احد الطهورين ، اذا لم يكن مقويا لم يكن مضعفا ، والشارع قد اعتبر تقويته ، كما في التعفير، وجعله غير مطهر قياسا على الزعفران من حيث ان كل واحد منهما مستغنى عنه ، ظاهر، لكن ليس مثل الاول[(٣)] .

(٧) الاقـرب :

هو ماقوى اعتباره . وهو ادنى درجة من الاحوط، فـيراد بالاقرب : الاقرب بالاعتبار او باصل المذهب او بكلام اكثر العلماء[(٤)]

---

(١) شرح المحلى (١ : ١٢) .

(٢) انظر الاتحاف (١ : ٢٩٦) .

(٣) الاتحاف (١ : ٢٩٥) والتي تليها .

(٤) انظر الاتحاف (١ : ٢٩٦) .

ويجوز استعمال الراجح مقامه، وكذا استعمال الصحيح ان كان الوجه الاخر فاسدا او مقدوحا[1] .

مثاله : قول الرافعي في المحرر في الوصية بحج التطوع : وان اطلق فاقرب الوجهين ان يحج من الميقات، لانه الاقرب الى الاعتبار كما في الفرض فان الاصل في الاطلاق الحمل على اقل الدرجات والثاني من بلده، اذ هي الغالب في النهوض والتجهز للحج، ولاشك ان هذا بعيد، اذ قد يكون البلد بعيدا، كما في اقصى الشرق او الغرب فيؤدى الى مشقة وارتكاب محظورات كثيرة[2] . ا.هـ

(٨) الاقيس :

هو ماقوى قياسه اصلا وجامعا، او واحد منهما كذلك .

وبهذا المعنى قد يستعمل في موضع الاظهر والاصح، اذا كان الوجهان او القولان متقايسين[3] . مثاله : مامر من قول الرافعي في رقم (٥) .

وقد يستعمل بمعنى الاقيس بكلام الشافعي، او بمسائل الباب.

مثاله في قول الرافعي في المحرر في باب السلم : والاقيس تجويزه في المصبوغ بعد النسج، والوجه الاخر: لايجوز، لجهل مقدار الصبغ واختلاف الغرض به . ا.هـ

---

(١) انظر الاتحاف (١ : ٢٩٦) والتي تليها.

(٢) نفس المصدر .

(٣) الاتحاف (: ٢٩٦) .

قال الاصفهانى : فالذى اقرب قياسا الى كلام الاصحاب فى الباب هو الوجه الاول ، لكون الثانى مردودا بانه لو صح لما صح فى المنسوج بعد الصبغ لوجود العلتين فيه . ا.هـ قال : وبهذا المعنى يستعمل موضع الاشبه[1] . ا.هـ

(٩) التخريج :

هو كما قال الرافعى[2] فى باب التيمم : قولهم فى المسألتين قولان ، بالنقل والتخريج ، معناه : اذا ورد نصان عن صاحب المذهب مختلفان فى صورتين متشابهتين ، ولم يظهر مايصلح فارقا فالاصحاب يخرجون نصه فى كل صورة من الصورتين فى الصورة الاخرى لاشتراكهما فى المعنى ، فيحصل فى كل واحدة من الصورتين قولان منصوص ومخرج ، المنصوص فى هذه هو المخرج فى تلك ، والمنصوص فى تلك هو المخرج فى هذه ، فيقولون : فيهما قولان بالنقل والتخريج اى نقل المنصوص من هذه الصورة الى تلك الصورة ، وخرج فيها وكذلك بالعكس .

ثم ذكر قولا آخر فى معنى النقل فقال : ويجوز ان يراد بالنقل الرواية ، ويكون المعنى : فى كل واحد من الصورتين قول منقول ا ومروى عنه وآخر مخرج .

ثم بين موقف الاصحاب من مثل هذه الحالة ، فقال : ثم الغالب

---

(١) نفس المصدر .

(٢) فى: فتح العزيز فى شرح الوجيز للغزالى .

فى مثل ذلك عدم اطباق الاصحاب على هذا التصرف، بل ينقسمون الى فريقين : منهم من يقول به ومنهم من يأبى ويستخرج فارقا بين الصورتين يستند اليه افتراق النصين[١] . ا.هـ

ثم ان القول المخرج ، لاينسب الى الشافعى فى اصح الوجهين وهو قول الشيخ ابى اسحاق[٢] والنووى ، وعلله بانه ربما لو روجع المستخرج فى ذلك لذكر له فارقا ظاهرا[٣] .

(١٠) الجديد :

هو ماقاله الشافعى فى مصر تصنيفا او افتاء . وعليه العمل فى المذهب[٤].

وللجديد رواة، وهم : البويطى والمزنى والربيع المرادى وحرملة ويونس بن عبد الاعلى ، وعبد الله بن الزبير الحميدى ، وابن عبد الحكم وغيرهم .

والثلاثة الاول ، هم الذين تصدوا لنقله وروايته ، واما الباقون فقد نقلت عنهم اشياء قليلة محصورة ، على تفاوت بينهم[٥] .

واذا كان فى المسألة قولان جديدان :

---

(١) فتح العزيز (٢ : ٢٠٦) والتى تليها .

(٢) الاتحاف (١ : ٢٩٨) .

(٣) انظر المجموع(١ : ١١١) .

(٤) انظر المجموع(١ : ١١٢) .

(٥) مغنى المحتاج (١ : ١٣) .

فلا يخلو من احد اربعة احوال : اما ان يعلم اولهما اولا ، او يقولهما في وقت واحد ، او لا يعلم هل قالهما معا او مرتبا.[١]

اما الحالة الاولى : وهي ما اذا علم المتقدم منهما من المتأخر فالعمل بالاخر منهما .

واما الحالة الثانية : وهي ما اذا لم يعلم ايهما المتقدم فالعمل بما رجحه الشافعي منهما .

واما الحالة الثالثة : وهي ما اذا قالهما في وقت واحد ، فاما ان يعمل الشافعي باحدهما او لا ، فان عمل باحدهما كان ابطالا منه للاخر عند المزني ، وقال غيره : لا يكون ابطالا ، بل ترجيحا . ورجحه الشربيني.[٢]

وقد اتفق ذلك للشافعي في نحو ست عشرة مسألة كما قال النووي.[٣]

واما الحالة الرابعة : وهي ما اذا لم يعلم هل قالهما مرتبين او في وقت واحد ، فالواجب حينئذ البحث عن ارجحهما بشرط اهلية الباحث ، فان اشكل الامر في معرفته وجب التوقف.[٤]

(١١) رجح :

بالبناء للمجهول ، يقال ذلك في حال ما اذا كان الجانبان

---

(١) ذكر حكمها في المجموع (١ : ١١٤) ، وانظر مغني المحتاج (١ : ١٣) .
(٢) انظر مغني المحتاج (١ : ١٣) .
(٣) انظر المجموع (١ : ١١٤) .
(٤) انظر نفس المصدر .

متساويين علة او قياسا .

واذا كان ترجيح جانب التصحيح ضعيفا ، ينسب الفعل الى الفاعل الظاهر صريحا ، فيقال : رجح المرجوح [١] .

(١٢) الصحيح :

هو ماصح اصلا وجامعا ، او واحدا منهما كذلك ، من القولين او الاقوال او الوجهين او الوجوه ، لكن يقيد في القول والاقوال فيقال في اصح القولين او الاقوال ، ويجوز اطلاقه في الوجهين او الوجوه فيقال : في الاصح [٢] .

ومقابله : الفاسد ، كلا او بعضا [٣] ، فتستعمل لفظة الصحيح اذن عندما يضعف المقابل له [٤] .

مثال ذلك : قول الرافعي في المحرر في باب التيمم ، فان لم يكن عليه ساتر ، غسل الصحيح ، والصحيح انه يتيمم ، لمكان الجراح لبقاء الحدث . ا.هـ

فالقول بغسل الصحيح من غير تيمم وبرعاية الترتيب بين غسل الصحيح والتيمم فاسد ، بل اللازم احد الامرين : غسل الصحيح او التيمم للجراحة او الاكتفاء بالتيمم والترتيب بين عضوين لاعضو واحد [٥] .

---

(١) الاتحاف (١ : ٢٩٧) .

(٢) اشار المحلي الى ان لفظ الصحيح يستعمل في الوجهين او الاوجه للاصحاب . في شرحه للمنهاج (١ : ١٣) .

(٣) الاتحاف (١ : ٢٩٦) .

(٤) انظر شرح المحلي (١ : ١٣) ، مغني المحتاج (١ : ١٢) .

(٥) الاتحاف (١ : ٢٩٦)

وبين الشافعية خلاف في ايهما اقوى : الصحيح ام الاصح فذهب الرملي الى ان الصحيح اقوى[(١)]، ونص الشبراملسي على ان الاصح اقوى تصحيحا من الصحيح[(٢)] . وقد ذكرنا هذا عند الكلام على الاصح واعدناه ، تأكيدا له وتذكيرا به .

(١٣) الطرق :

جمع طريق ، وهي اختلاف الاصحاب في حكاية المذهب ، فيقول بعضهم مثلا : في المسألة قولان ، او وجهان . بينما يقول الاخر فيها : لا يجوز قولا واحدا . او وجها واحدا .

او يقول احدهما : في المسألة تفصيل ، ويقول الاخر : فيها خلاف مطلق[(٣)] . ا

وقد يستعملون الوجهين في موضع الطريقين وعكسه[(٤)] . وقد فعل الشيخ ابو اسحاق ذلك في المهذب :

فمن امثلة استعماله الوجهين في موضع الطريقين ، قوله في مسألة ولوغ الكلب : وفي موضع القولين وجهان[(٥)] . اهـ

وقال مثله في باب كفارة الظهار : اذا افطرت المرضع ففيه

---

(١) انظر نهاية المحتاج (١ : ٤٢) .

(٢) انظر حاشية الشبراملسي (١ : ٤٢) .

(٣) المجموع (١ : ١١١) .

(٤) نفس المرجع .

(٥) المهذب (١ : ٤٨) .

وجهان : احدهما : على قولين ، والثاني : ينقطع التتابع قولا واحدا[(١)] . ا.هـ

ومن امثلة استعماله الطريقين موضع الوجهين : قوله في قسم الصدقات : وان وجد في البلد بعض الاصناف فطريقان : احدهما : يغلب حكم المكان ، فيدفع الى من في بلد المال من الاصناف ، والثاني : يغلب حكم الاصناف فيدفع الى من في بلد المال من الاصناف سهمهم وينقل الباقي الى بقية الاصناف في غير بلد المال وهو الصحيح[(٢)] . ا.هـ

ومنه قوله في السلم في الجارية الحامل : طريقان : احدهما : لا يجوز والثاني : يجوز[(٣)] . ا.هـ

قال النووي في تعليل استعمال احدهما مكان الاخر : لان الطرق والوجوه تشترك في كونها من كلام الاصحاب[(٤)] . ا.هـ

(١٤) الظاهر :

هو ما ظهر اصلا وعلة ، او واحدا منهما كذلك . ويقابله : الخفي كلا او بعضا .

مثاله : قول الرافعي في المحرر في آنية الذهب والفضة : الظاهر لا يجوز اتخاذه ، قياسا على الات الملاهي . ا.هـ

---

(١) المهذب (٢ : ١١٧) .

(٢) المهذب (١ : ١٧٤) .

(٣) المهذب (١ : ٢٩٨) .

(٤) المجموع (١ : ١١٢) .

وهذا قياس ظاهر، واما كونه لا يحرم اتخاذه، كما في الوجه الثاني، فخفي، غير مناسب للحكم .

قال الاصفهاني : واستعمال كل من الظاهر والصحيح مقام الاخر تساهل، وان كان كل واحد منهما يقرب معنى الاخر، لكن استعمالهما مقام الاظهر والاصح، خطأ لا يليق بالمحصلين.[١] ا.هـ

(١٥) في المذهب او الظاهر من المذهب او المذهب الظاهر :

معناه : النص والظاهر من النص او النص الظاهر[٢].

فالاول : لا يلزم ان يكون في مقابلة شيء، والثاني والثالث : يكون في مقابلتهما اما نص خفي او فاسد، او وجه قوي او فاسد.

مثاله : قول الرافعي في المحرر في سجود السهو: اذا لم يسجد الامام، فظاهر المذهب، اي ظاهر النص، ان المأموم يسجد لان سجوده لامرين : لسهو الامام ومتابعته، لا لمتابعته فقط. ومذهب البويطي والمزني : انه لا يسجد، لانه يسجد لمتابعة الامام فقط وهذا ضعيف جدا، بل قريب من الفاسد[٣]. ا.هـ

(١٦) القديم :

هو ما قاله الشافعي بالعراق تصنيفا او افتى به . لكن الحجة فيه ما قاله تصنيفا .

---

(١) الاتحاف (١ : ٢٩٦) .

(٢) والمراد بالنص نص الشافعي رحمه الله .

(٣) الاتحاف (١ : ٢٩٧) .

ورواته : جماعة ، اشهرهم الامام احمد بن حنبل والزعفراني والكرابيسي وابو ثور .

وقد رجع الشافعي عن القديم وقال :لا اجعل في حل من رواه عني .[1]

وقال الامام الجويني : معتقدي ان الاقوال القديمة ليست من مذهب الشافعي حيث كانت ، لانه جزم في الجديد بخلافها ، والمرجوع عنه ليس مذهبا للراجع .[2] ا . هـ

والمراد به كما قال النووي : القديم الذي نص في الجديد على خلافه اما قديم لم يخالفه في الجديد او لم يتعرض لتلك المسألة في الجديد ، فهو مذهب الشافعي واعتقاده ، ويعمل به ويفتى عليه ، فانه قاله ولم يرجع عنه ، وانما اطلقوا ان القديم مرجوع عنه ولا عمل عليه لكون غالبه كذلك .[3]

وقال الماوردي في اثناء كتاب الصداق : غير الشافعي جميع كتبه القديمة في الجديد ، الا الصداق ، فانه ضرب على مواضع منه وزاد مواضع .

واما ماكان من اقوال الشافعي بين مصر والعراق ، فالمتأخر منه جديد ، والمتقدم قديم .[4]

---

(١) مغني المحتاج (١ : ١٣) .

(٢) المجموع (١ : ١١٣) .

(٣) انظر المجموع (١ : ١١٤) .

(٤) مغني المحتاج (١ : ١٣) .

واذا كان في المسألة قولان : قديم وجديد ، فالجديد هو المعمول به ، الا في مسائل يسيرة ، نحو السبعة عشر ، افتي فيها بالقديم وقيل : عشرون مسألة .

واليك سرد المسائل التى يعمل فيها بالقديم (١) :

الاولى : التثويب في اذان الصبح . القديم : استحبابه .

الثانية : التباعد عن النجاسة في الماء الكثير ، القديم : انه لا يشترط .

الثالثة : قراءة السورة في الركعتين الاخيرتين ، القديم : لا يستحب .

الرابعة : الاستنجاء بالحجر فيما جاوز المخرج . القديم : جوازه .

الخامسة : لمس المحارم . القديم : جوازه .

السادسة : تعجيل العشاء . القديم : جوازه .

السابعة : وقت المغرب . القديم : امتداده الى غروب الشفق .

الثامنة : المنفرد اذا نوى الاقتداء في اثناء الصلاة . القديم : جوازه

التاسعة : اكل الجلد المدبوغ . القديم : تحريمه .

العاشرة : تقليم اظفار الميت . القديم : كراهته .

الحادية عشرة : شرط التحلل من الاحرام بمرض ونحوه . القديم : جوازه .

---

(١) ذكرها في المجموع (١ : ٢ : ١) . وكررها بعده السيوطى في الاشباه (ص٤٠٥) .

الثانية عشرة : الجهر بالتأمين للمأموم فى صلاة جهرية. القديم : استحبابـــه .

الثالثة عشرة : من مات وعليه صوم. القديم : يصوم عنه وليه.

الرابعة عشرة : الخط بين يدى المصلى ،اذا لم تكن عصا .القديم: استحبابه .

الخامسة عشرة : اعتبار النصاب فى الزكاة. القديم :لا يعتبر .

السادسة عشرة : وطء المحرم بملك اليمين . القديم : انـــــه يوجب الحد .

قال النووى فى هذه المسائل انها : ليست متفقا عليها ، بـــل خالف جماعات من الاصحاب فى بعضها او اكثرها ، ورجحوا الجديد ونقل جماعات فى كثير منها قولا آخر فى الجديد يوافق القديم، فيكون العمل على هذا الجديد لا القديم(1) . ا.هـ

ثم افاد ان حصر المسائل التى يفتى فيها على القديم بما ذكـــر ضعيف،ثم ذكر مسائل صحح الاصحاب او اكثرهم او كثيرمنهم فيهـــا القديم :

منها : ماذكرناه فى المسألة الثانية عشرة والثالثة عشرة والرابعـة عشـــرة .

ومنها :اذا امتنع احد الشريكين من عمارة الجدار،اجبر علــــى القديم، وهو الصحيح عند ابن الصباغ وصاحبه الشاشى وافتى به الشاشى .

---

(١) المجموع (١ : ١١٢).

ومنها : الصداق في يد الزوج مضمون ضمان اليد على القديم وهو الاصح عند الشيخ ابي حامد وابن الصباغ[١] .

ثم القديم اذا افتى به الاصحاب : محمول على ان اجتهادهم اداهم الى القول به لظهور دليله ، ولا يلزم من ذلك نسبته الى الشافعي لانه ليس مذهبه ، ومحله : اذا نص في الجديد على خلافه ، والا بان لم يتعرض في الجديد لما يوافقه او يخالفه ، فانه يكون مذهبه ايضا[٢] .

واما القديم الذي يعضده حديث صحيح لا معارض له فهو مذهبه لانه قال : اذا صح الحديث فهو مذهبي[٣] .

(١٧) القول :

ويجمع على اقوال ، وهي الاراء المنسوبة الى الامام الشافعي نفسه ، سواء كانت في العراق ، وهي التي توصف بالقديم ، او بمصر وهي التي توصف بالجديد ، كما ان اقوال الامام توصف ايضا بالاظهر وبالمشهور[٤] .

وهاهنا تنبيهات يحسن الاشارة اليها[٥] :

---

(١) انظر نفس المرجع .

(٢) انظر المجموع (١ : ١١٤) .

(٣) انظر نفس المرجع .

(٤) انظر القليوبي (١ : ١٢) .

(٥) اشار اليها جميعا ، الامام تقي الدين السبكي في اجوبة المسائل الحلبية ، انظرها في الاتحاف (١ : ٢٩٨) ، وقد نقلتها منه بتصرف يسير .

الاول : لاينبغي ان يقال : قال الشافعي ، الا لما وجد منصوصا له ، من جهة ، وان يكون اصحابه او اكثرهم قد قال به .

الثاني : اذا كان القول منصوصا للامام ، وقد خرج عنه اصحابه اما بتأويل او غيره ، فلاينبغي ان يقال انه مذهب الشافعي ، لان تجنب اصحابه له يدل على عدم صحة نسبته اليه عندهم .

الثالث : ما اتفق عليه الاصحاب ، ولم يعلم هل هو منصوص للامام ام لا ، فمثل هذا يسوغ اتباعهم فيه ، ويسهل نسبته الى الامام ، لان الظاهر من اتفاق الاصحاب عليه ، انه قال به .

وللامام ابى محمد عبدالله بن يوسف الجويني الشافعي كتب فى معرفة اقوال الامام من وجوه الاصحاب سماه : السلسلة فى معرفة القولين.[1] ولابى الحسن المحاملي ايضا كتاب فيه سماه : القولين والوجهين[2] ، وكذا لابى المحاسن عبدالواحد الروياني سماه : حقيقة القولين على منهب الامام الشافعي ويقع فى مجلدين.[3]

(١٨) قيـــل :

تطلق هذه الكلمة فى كتب المذهب ويراد منها: حكاية وجه ضعيف

---

(١) ولا زال مخطوطا ، توجد منه نسخة فى مركز البحث العلمي بجامعة ام القرى برقم (٣٠٩) مصور عن نسخة صبحي السامرائي ببغداد .
الاوراق : (١٨٦) . الاسطر : (١٩) . التاريخ شعبان ٦٤٢ هـ .

(٢) كشف الظنون (٢ : ١٣٦٦) .

(٣) نفس المصدر .

للاصحاب، والصحيح او الاصح خلافه، لان الصيغة وهى البناء للمجهول تقتضى ذلك[١] .

(١٩) المذهـــب :

يراد به ماذهب اليه الشافعي واصحابه من الاراء المفتى بهـــا[٢] فهى كلمة تستعمل فى اقوال الامام واوجه الاصحاب[٣] .

ثم ان اطلاق المذهب على المسائل المتداولة مقتصرا فيها علـــى مابه الفتوى، كما هنا، من باب اطلاق الشيء على ركنه الاعظم، لانهـــا الاهم للفقيه بالنسبة الى غيرها[٤] .

(٢٠) المشهور :

هذا اللفظ مما توصف به اقوال الامام الشافعي فقـــط دون الاصحاب . فيقال مثلا : لايجوز كذا فى المشهور، اى من قوليه اواقواله[٥] .

ويستعمل هذا اللفظ فى حال ضعف القول المقابل له، وغرابتـــه لضعف مدركه ومأخذه[٦] .

---

(١) انظر مغنى المحتاج (١ : ١٤) .

(٢) انظر مغنى المحتاج (١ : ١٢) .

(٣) انظر القليوبى (١ : ١٢) .

(٤) انظر نهاية المحتاج (١ : ٣٦) .

(٥) انظر المنهاج (ص٢)، القليوبى (١ : ١٢)، شرح المحلى (١ : ١٢) .

(٦) انظر شرح المحلى (١ : ١٢) .

وبين العلماء الشافعية خلاف في ايهما اقوى في الترجيح : المشهور ام الاظهر . فذهب الشهاب الرملي الى ان المشهور اقوى[(١)] بينما نص الشبراملسي على ان الاصح والاظهر اقوى تصحيحا من الصحيح والمشهور[(٢)] .

(٢١) النص :

اى المنصوص، فهو من اطلاق المصدر على اسم المفعول[(٣)] ، يستعمل للمركب من اقوال الامام واوجه الاصحاب[(٤)] .

ووصفه عميرة بانه : قول مخصوص باعتبار مايقابله من قول مخرج او وجه[(٥)] . قال النووي[(٦)] : وحيث اقول : النص، فهو نص الشافعي ، ويكون هناك اى مقابله وجه ضعيف او قول مخرج من نص له في نظير المسألة لايعمل به[(٧)] . اهـ

وقد علل الشربيني تسمية ماقاله الشافعي نصا بقوله : لانه - اى المنصوص - مرفوع القدر ، لتنصيص الامام عليه ، او لانه مرفوع الى

---

(١) انظر نهاية المحتاج (١ : ٤٢) .
(٢) انظر حاشية الشبراملسي (١ : ٤٢) .
(٣) مغني المحتاج (١ : ١٢) .
(٤) القليوبي (١ : ١٢) .
(٥) عميرة (١ : ١٢) .
(٦) يتخلل قوله هذا تفسير الجلال المحلي .
(٧) شرح المحلي (١ : ١٣) .

الامام، من قولك : نصصت الحديث الى فلان، اذا رفعته اليــه[1] . ا.هـ

(٢٢) النقل والتخريج :

انظر : التخريج في المصطلح رقم (٩) .

(٢٣) الوجه :

ويجمع على اوجه . وهي : آراء الاصحاب التي يستخرجونها مــن كلام الشافعي، فيستخرجونها على اصله، ويستنبطونها من قواعده، وقـد يجتهدون في بعضها، وان لم يأخذوه من اصله[2] .

بمعنى ان الاوجه في الغالب تكون مستخرجة من قواعد الامــام الشافعي وضوابطه، ولا يجوز نسبتها الى الامام قطعاً[3]، لكن يقال هــي من مقتضى مذهبه او من مذهبه اي من قول اهل مذهبه .

(٢٤) ينبغــي :

تستعمل هذه اللفظة ويراد منها الوجوب تارة، وقد تستعمــل ويراد منها الندب او الجواز .

وتستعمل بالنفي " لا ينبغي " في مقام الحرمة والكراهة[4] .

هذه هي جملة ما اردت اثباته من اصطلاحات عند الشافعيـــة وقد اوليتها هذا الاهتمام، لانه يجب ـ كما قال الامام السبكــــي ـ

---

(١) مغني المحتاج (١ : ١٢) .

(٢) مغني المحتاج (١ : ١٢)، قليوبي (١ : ١٣) .

(٣) انظر الاتحاف (١ : ٢٩٨) .

(٤) انظر الاتحاف (١ : ٢٩٧) .

مراعاتها عند الاجابة عن السؤال عن مذهب الامام الشافعي ، فانه لو اجاب المفتي مصرحا في الجواب باضافة القول الى الشافعي ولم يعلم اذا كان ذلك منصوصا له او مخرجا من منصوصاته ، لكان جوابه خطأ لان فيه تقويلا للامام[1] .

ولذلك اختلف اصحاب الشافعي في القول المخرج من اقوال الامام هل ينسب اليه او لا ، وقلنا عند الكلام على " التخريج "[2] : ان الاصح عند الشيخ ابي اسحاق والنووي انه لا ينسب اليه[3] .

هذا في القول المخرج من منصوصاته ، فما بالك بالاوجه ، التي هي اقوال وآراء اصحابه ، قالوها باجتهادهم ، فانها لا يجوز نسبتها الى الامام قطعا ، وان كان للمفتي ان يفتي بها ، لانها مأخوذة من قواعد مذهب الشافعي .

---

(١) انظر الاتحاف (١ : ٢٩٨) نقلا عن السبكي في اجوبته على المسائل الحلبية .

(٢) انظره في المصطلح رقم (١٠) .

(٣) انظر الاتحاف (١ : ٢٩٨) .

المطلب الثانى : المصطلحات الفقهية الحنفية

المسائل الفقهية عند الحنفية ، على ثلاثة اصناف[1] :

الصنف الاول : مسائل الاصول : وهى ماروى عن متقدمى علماء المذهب ، كابى حنيفة واصحابه كابى يوسف ومحمد بن الحسن وزفر بن الهذيل والحسن بن زياد اللؤلؤى فى الروايات الظاهرة عنهم[2] . وقد استوعبتها كتب محمد بن الحسن الستة وهى : المبسوط ، الزيادات السير الصغير ، السير الكبير ، الجامع الصغير ، الجامع الكبير ، وتسمى هذه الكتب عند الحنفية بكتب ظاهر الرواية ، لانها رويت عن محمد برواية الثقات[3] . ويلحق بها كتاب الاثار ، وقد جمع فى هذا الكتاب الاثار من احاديث وفتاوى للصحابة التى يحتج بها الحنفية ، ويلحق بها ايضا الرد على اهل المدينة له[4] .

وقد جمع الامام محمد بن محمد المروزى المعروف بالحاكم الشهيد المتوفى سنة ٣٤٤هـ تلك الكتب الستة فى كتاب ، وحذف المكرر

---

(١) ذكرها فى الاتحاف (١ : ٢٩٩) ، الكشف (٢ : ١٢٨١) والتى تليها ، وانظر : دراسات فى الفقه الاسلامى (ص٦٩) .

(٢) الاتحاف (١ : ٢٩٩) .

(٣) ضحى الاسلام (٢ : ٢٠٤) ، المدخل لدراسة الشريعة الاسلامية لزيدان (ص١٦٠) .

(٤) المدخل : للدكتور زيدان (ص١٦١) .

منها ، وسماه : الكافي " وهو كتاب معتمد في نقل المذهب[١] .

ثم شرح الكافي جماعة من الائمة الحنفية ، منهم الامام شمس الائمة السرخسي محمد بن احمد في كتابه المشهور ، والذى سماه : المبسوط قال العلامة الطوسي : مبسوط السرخسي لا يعمل بما يخالفه ولا يركن الا اليه ولا يفتى بقول الاعليه[٢] . ا.هـ

الصنف الثاني : مسائل النوادر والامالي : وهي المروية عن تلاميذ الامام ابي حنيفة في غير الكتب المذكورة آنفا ، بروايات غير ظاهرة ، وتسمى الكتب التي ذكرت فيها هذه المسائل : بالجرجانيات والهارونيات والكسائيات والرقيات . قام بجمعها محمد بن الحسن الشيباني . وتسمى بكتب غير ظاهر الرواية او بالنوادر[٣] :

فما جمعه منها في دولة هارون الرشيد تعرف بالهارونيات .

وما املاها في الرقة وهي من مدن ديار بكر حين كان قاضيا بها تعرف بالرقيات .

وما استملاها منه تلميذه عمرو بن شعيب الكسائي تعرف بالكسائيات .

وانما سميت بكتب : غير ظاهر الرواية ، لانها لم تروعن محمد بن الحسن بروايات ظاهرة ثابتة صحيحة ، كما هو الحال في كتب الصنف الاول[٤] .

---

(١) الكشف (٢ : ١٢٨٣) .

(٢) حاشية ابن عابدين (١ : ٦٤) .

(٣) انظر الكشف (٢ : ١٢١٣) .

(٤) انظر الاتحاف (١ : ٢٩٩) ، المدخل لدراسة الشريعة لزيدان (ص ١٦٠)

ومن الكتب التي جمعت مسائل النوادر ايضا : كتاب المحرر للحسن بن زياد اللؤلؤي ، وكتاب الامالي المروية عن ابي يوسف برواية ابن سماعة والمعلى بن منصور وغيرهما ، وهي روايات مفردة ، وتسمى ايضا بالنوادر[1] .

الصنف الثالث : الواقعات : وهي مسائل استنبطها المجتهدون المتأخرون من الحنفية ، حين سئلوا فلم يجدوا لها جوابا عند الامام والاصحاب سواء تلاميذ الامام او تلاميذهم او من بعدهم، من هؤلاء المجتهدين : محمد بن سلمة ومحمد بن مقاتل ونصر بن يحيى وابو سعيد الاسكافي وابو القاسم الصفار وابو جعفر الهندواني وغيرهم .

واول من جمع هذه الواقعات في كتاب : الامام ابو الليث السمرقندي المتوفى سنة ٣٧٣هـ جمعها في كتاب النوازل والعيون[2] .

ثم جمعها الصدر الشهيد حسام الدين عمر بن عبد العزيز بن مازه المتوفى سنة ٥٣٦هـ في واقعات الامام ابي العباس الناطفي ، وابي بكر محمد بن الفضل ، وفتاوى اهل سمرقند ، فترجم عما في النوازل بباب النون ،وعما في العيون بباب العين ، وعما في الواقعات بباب الواو وعما في فتاوى اهل سمرقند بباب السين ، وعما في فتاوى ابي بكر محمد بن

---

(١) انظر الاتحاف (١ : ٢٩٩) ، المدخل لزيدان (ص ١٦٣) .

(٢) نفس المصدر .

الفضل بباب الياء ، وهي المراد بالفتاوى حيثما وقع في الخلاصة.

وهذا الصنف من المسائل ، اعني الواقعات انما يعرف بالفتاوى لان جمعها وقع بالفتوى ، بخلاف مسائل الاصول اعني الصنف الاول ، ومسائل الامالي والنوادر اعني الصنف الثاني ، فان غالبها جمع بطريق الفرض والوضع .

والمتأخرون من ائمة الحنفية لم يميزوا في فتاويهم وجوامعهم بين هذه الاصناف الثلاثة ، بل اوردوها مختلطة ، الا السرخسي شمس الائمة محمد بن احمد بن ابي سهل الحنفي المتوفي سنة ٤٣٨ هـ صاحب كتاب المحيط في عشر مجلدات جمع فيه عامة مسائل الفقه مع مبانيها ومعانيها ، وميزها فاورد مسائل الاصول اولا ، ثم مسائل النوادر ، ثم الواقعات والفتاوى . وهذا الوضع اولى من الخلط ، لما فيه من بيان لاصول المسائل[(١)] .

واغلب المتون كمختصر القدوري والكنز والوافي وغيرها مخصوصة بالصنف الاول ، اعني مسائل ظاهر الرواية ، الا نادرا من النوادر والفتاوى .

بخلاف الفتاوى والجوامع ، مثل فتاوى قاضيخان والخلاصة ، فانها تشمل جميع الاصناف ، لكن الغالب فيها الصنف الاخير[(٢)] .

---

(١) انظر الاتحاف (١ : ٢٩٩) ، كشف الظنون (٢ : ١٦٢٠) .

(٢) الاتحاف (١ : ٢٩٩) .

وللاستاذ الدكتور محمد ابراهيم علي ، بحث نفيس في المذهب الحنفي : نشوءه وتكوينه ، نموه وتوسعه ، واستقراره ، عرض من خلال =

....

= ذلك الى الكثير مما يحتاج الباحث الى معرفته عن هذا المذهب وسماه : المذهب عند الحنفية ، وقد طبع مع بحث آخر في الاصول ، لغير المؤلف ، بعنوان : دراسات في الفقه الاسلامي .

الفصل السابع: المآخذ على الكتاب

مامن عمل يقوم به انسان اليوم الا ويجد في الغد انه في حاجة الى تصحيحه او تطويره او تغييره ، لان الاحاطة بالامور من جميع وجوهها ليس في قدرة الانسان ، ولذلك كان الكمال في كل عمل او فعل عزيزاً لكن يطلب من العامل ان يعمل جهده للاقتراب من الكمال والاتقان ما امكن .

والشيخ ابو اسحاق قد بذل جهده في اخراج الكتاب على نحو يرضى به الفقهاء وتقل عنه به سهام النقد ، فحالفه التوفيق في اعم واغلب ما اتى على ذكره من مسائل في كتابه ، وبقيت في الكتاب ثغرات هي في حاجة الى من يسدها ، وفتوق هي في حاجة الى من يرتقها وقد فعلت ذلك ، فيما حققته من هذا الكتاب المبارك ، وهذه اشارة الى بعض تلك الثغرات :

(١) ذكر المصنف في مسألة اختلاف المتبايعين انه يبدأ بيمين المشترى عند الحنفية .

والصواب انه يبدأ ببينة المشترى فان لم يقمها حلف البائع عندهم انظر المسألة رقم (٦٣) ، هامش (٢) .

(٢) ذكر المصنف في مسألة بيع النحل ودود القز عن ابى حنيفة روايتين احداهما : انه لا يجوز ، والثانية : انه يجوز مع القز ومع الكوارة . والصواب ان ابا حنيفة يمنع من بيعه قولا واحدا . انظر

المسألة رقم(٧٢) هامش (٣) .

(٣) ذكر عن ابى حنيفة روايتين فى جواز بيع دور مكة .

والصواب انه لا خلاف عن الحنفية اصلا فى جواز بيع بناء مكة وبيوتها وانما الخلاف فى بيع ارضها ، فللامام فيه روايتان ، وايضا فان للامام روايتين فى كراء دور مكة رواية بالكراهة ، واخرى بالجواز ، واما اجارة ارضها فلا خلاف فى المذهب انه مكروه . انظر المسألة رقم (٧٨) هامش (٢) .

(٤) ذكر المصنف عن ابى حنيفة فيما اذا اشترط البائع فى البيع رهنا فاسدا ان العقد يبطل به .

والصواب ان العقد يفسد به ولا يبطل ، وعندهم بين الفساد والبطلان فرق . انظر الكلام فى ذلك فى المسألة رقم(١٢٨) هامش(٢) .

(٥) ذكر المصنف فى مسألة مالو اشترك شخصان شركة فاسدة عن ابى حنيفة انه لا يرجع كل واحد منهما باجرة المثل على صاحبه .

والصواب : ان له اجر مثل ما للاخر فى حال الاشتراك فى شركة فاسدة عنده . انظر المسألة رقم(١٦٦) هامش (٣) .

(٦) وذكر عن ابى حنيفة فيما اذا وصى لرجل بجميع ماله ولاخر بثلث ماله ، واجاز الورثة ذلك ان لصاحب الثلث السدس ولصاحب الكل الباقى فى احدى الروايتين .

والصواب : انه ليس عن ابى حنيفة فى هذا نص ، وانما وقع الخلاف بين اصحابه ، فقال ابو يوسف : يقسم المال بينهما اسداسا

بطريق المنازعة ، خمسة اسداسه لصاحب الجميع والسدس لصاحب الثلث ولا فرق عنده بين اجازة الورثة وعدم اجازتهم ، وذهب الحسن بن زياد اللؤلؤي الى انه يجب للموصى له بالثلث ربع المال والموصى له بالجميع ثلاثة ارباعه ، وشنع على ابى يوسف في قوله ذاك . انظر المسألة رقم (٣٣٠) ، هامش (٢) .

(٧) ذكر الشيخ ابو اسحاق عن ابي حنيفة فيما اذا لحق مولى المسلم بدار الحرب، انه يسترق .

والصواب : انه عنده لا يسترق ، خلافا للصاحبين ، فانهما هما اللذان قالا بانه : يسترق . انظر المسألة رقم(٣٧٠) هامش (٣) .

(٨) يطلق الشيخ ابو اسحاق احيانا القول عن ابى حنيفة فى الجواز وعدمه ، ويكون الحال انه قد قاله على جهة الاستحسان . كما فعل فى مسألة ما اذا تقايلا فى السلم هل يجوز له ان يشترى برأس المال ماشاء ، فقال : وقال ابو حنيفة : لا يجوز حتى يقبض . ا. هـ والحال انه لا يجوز ذلك عنده استحسانا. انظر المسألة رقم(٩٩) ، هامش (٤) .

(٩) يغفل الشيخ ابو اسحاق الخلاف احيانا ، فيذكر المسألة ولا يبين ما اذا كان فيها اكثر من قول او وجه . كما فعل فى مسألة ما اذا قال : بعنى . فقال : بعتك . فانه قال : انعقد البيع . ولم يشر الى انه ينعقد فى اظهر القولين. انظر المسألة رقم (٢) ، هامش (١) .

(١٠) يذكر الحكم ويطلق ، مع ان الحكم يختلف فى الصورتين ، كما فعل فى مسألة بيع اللحم بالحيوان ، حيث قال : لا يجوز بيع اللحم بالحيوان ، ولكن محل هذا الاطلاق هو ما اذا كان اللحم من جنس الحيوان ، والا بان كان من غير جنسه فلا يجوز فى الاظهر. انظر المسألة رقم (٢٣) ، هامش (١) .

وسترى فى الكتاب عددا آخر من هذه الامثلة ، وستجد التنبيه والتعليق عليها فى اماكنها ان شاء الله .

(١١) واحيانا قليلة يعمد الى قول او وجه ضعيف فى المذهب ، فيذكره ويسرد الحجج المؤيدة له على القول الصحيح والذى يكون قد قال به الحنفية ، كما فعل فى مسألة الزيادة فى الدين فى الرهن الواحد فانه قال : انها تجوز فى قوله القديم ، ثم دلل على ذلك ورد على ابى حنيفة . انظر المسألة رقم (١٠٤) هامش (٢) .

ولكن يمكن الاجابة عن ذلك ، بان مراده من هذا الكتاب تقوية الملكة الفقهية لدى القارىء ، بايقافه على ادلة ذلك الرأى ، وكيفية نقض ماعند الخصم ، هذا من جهة .

ومن جهة اخرى ، ليقف القارىء على ادلة هذا الرأى وان كان مرجوحا ، لاحتمال ان يلجأ اليه فى وقت ما ، فتكون لديه القدرة على الدفاع عنه .

هذا آخر ما اردت اثباته فى قسم الدراسة ، اسهبت فى عرض مباحثه ، لشدة الحاجة اليه ، ولقلة من كتب فيه مجموعا على هذا النحو .

وقد آن لنا ان نشرع بعده فى قسم التحقيق ، وبالله التوفيق .

جامعة أم القرى بمكة المكرمة
كلية الشريعة والدراسات الإسلامية
قسم الدراسات العليا الشرعية
فرع الفقه

النكت في المسائل المختلف فيها بين الشافعي وأبي حنيفة

للشيخ أبي إسحاق إبراهيم بن علي الشيرازي المتوفى سنة ٤٧٦ هـ

تحقيق ودراسة قسم المعاملات

رسالة مقدمة إلى قسم الدراسات العليا الشرعية لنيل درجة التخصص الثانية (الدكتوراه) في الفقه الموازن

إعداد الطالب : زكريا عبد الرزاق المصري

إشراف الدكتور : محمود عبد الدائم علي رئيس فرع الفقه

المحرم سنة ١٤٠٥ هـ

المجلد الثاني

القسم الثاني

تحقيق الكتاب

" كتـــاب البيـــوع* "

* مسألة (١) : لا يصح بيع مالم يره المشترى . فى أحد القولين (١) . ١٢٧/ش

---

* ابتدأ كتاب البيوع فى نسخة " ب " بالبسملة .
والبيوع جمع بيع وهو من الاضداد كالشراء ، كما يطلق أيضا على كل واحد من المتعاقدين أنه بائع ، الا أنه عند الاطلاق ينصرف الى باذل السلعة كما يطلق البيع على المبيع فيقال : هذا بيع جيد .
والبيع يتعدى الى مفعولين . وقد كثر الاقتصار على الثانى ، لأنه المقصود بالاسناد ولهذا تتم به الفائدة نقول : بعت الدار ، ويجوز الاقتصار على المفعول الأول عند امن اللبس . تقول : بعت الأمير . لأن الأمير لا يكون مملوكا يباع .
وقد تدخل من على المفعول الأول على وجه التوكيد فتقول : بعت من زيد الدار ، كما تقول : كتمته الحديث وكتمت منه الحديث .
وربما دخلت اللام على المفعول الأول بدل من ، فنقول : بعتك كذا وبعت لك كذا . أنظر المصباح جـ١ ص ٧٧ .
ويعرف البيع بأنه : مبادلة مال بمال . المصباح المنير جـ١ ص ٧٧ .
وللبيع ثلاثة أركان : العاقدان والصيغة والمعقود عليه ،
ويشترط فى العاقد أن يكون بالغا عاقلا مختارا بصيرا غير محجور عليه ،
ويشترط فى المبيع خمسة شروط : أن يكون طاهرا منتفعا به معلوما مقدورا على تسليمه مملوكا لمن يقع العقد له . أنظر المجموع جـ٩ ص ١٣٧ .
واما الصيغة : فلا ينعقد البيع الا بالايجاب والقبول : والايجاب أن يقول بعتك أو ملكتك ونحوهما ، والقبول أن يقول قبلت أو ابتعت ونحوهما ، ولو قال المشترى بعنى فقال البائع بعتك انعقد البيع لتضمنه الايجاب والقبول .
واما المعاطاة فلا ينعقد بها البيع لأن اسم البيع لا يقع عليها . أنظر المهذب جـ١ ص ٢٥٧ .

(١) فى المنهاج ص ٤٥ : والاظهر أنه لا يصح بيع الغائب . والثانى يصح ويثبت الخيار عند الرؤية . أهـ .
وقال فى الوجيز جـ١ ص ١٣٥ : اما الصفة ففى اشتراط معرفتها بالعيان قولان ، اختار المزنى الاشتراط وابطل بيع مالم يره وشراءه ولعله أصح القولين . أهـ وأنظر الام جـ٣ ص ٣ .
=

وقال أبو حنيفة : يصح ، ويثبت له الخيار اذا رآه.(٢)

لنا : هو أنه مبيع مجهول الصفة عند التعاقد(٣) ، فأشبه اذا قال : بعتك ثوبـــا.(٤)

فان قيل : المبيع في الأصل(٥) مجهول العين ،فلذلك بطل ،ولهذا(٦) لا يصح النكاح على هذا الوجه(٧) .

قيل : بل بطل(٨) للجهل بالصفة(٩) ، ولهذا لو وصفه في السلم جاز ـــــع

= وهو قول الحنابلة أيضا .

أنظر: شرح المنتهى جـ٣ ص١٤٦ .كشاف القناع جـ٣ ص١٥٢ ،وذكر في المغني جـ٣ ص٤٩٤ رواية أخرى انه يصح ،وفي ثبوت خيار الرؤية اذا رآه روايتـــان اشهرهما ثبوته .

(٢) سقط قوله (اذا رآه) من نسخة ((ب)) . /أي وان رآه على الصفة التي وصفت له .
أنظر المسألة في : الهداية جـ٥ ص٥٣٠ . وفتح القدير عليه . تبيين جـ٤ ص٢٤ وحاشية الشلبي عليه . مجمع الأنهر جـ٢ ص٣٤ .
وذهب المالكية الى صحته أيضا ،لكن اذا رآه على الصفة لزمه البيع، والا فلـــه الخيار.
أنظر القوانين ص ٢٨٢ . الشرح الصغير جـ٢ ص١٤ والبلغة عليه .الجواهر جـ٢ ص
وبقول المالكية يقول ابن حزم أيضا : أنظر المحلى جـ٩ ص ٢٧٠ .

(٣) في نسخة ((ب)) :عند العاقد .

(٤) بجامع أنه مبيع مجهول الصفة عند التعاقد في كل من الأصل وهو قوله بعتك ثوبا والفرع وهو بيع مالم يره المشتري .
ولما كان حكم الأصل بطلان البيع فيه لعدم التعيين ،كان حكم الفرع كذلك فلا يصح بيع مالم يره أيضا لذلك .

(٥) أي في قوله : بعتك ثوبا .

(٦) أي ولهذا المعنى وهو كون المبيع مجهول العين .

(٧) أي على جهة جهل عين المنكوحة .كأن يقول للخاطب : زوجتك احدى بناتي .

(٨) أي البيع .

(٩) أي صفة مالم يره المشتري . لعدم القدرة على الاحاطة بوصف المبيع على وجه الدقـة .

مع الجهل بالعين (١٠)، ويخالف النكاح (١١)، فان القصد فيه العين، ولهذا لو عقد على منكوحة غير معينة بالوصف لم يصح، ولأنه أحد نوعى البيع (١٢)، فلم يصح مع الجهل بصفة (١٣) المبيع كالسلم (١٤).

فان قيل: السلم معقود على الصفات، ولهذا لو تقدم (١٥) الوصف على العقد لم يصح (١٦).

---

(١٠) فدل على أن العبرة في الحكم بصحة البيع بالصفة لا بالعين لان الأوصاف تتفاوت في افراد الجنس الواحد، ولا كذلك العين فيه فكان الجهل بالصفة مدعاة الى المشاحة والمنازعة في البيع، والبيع يعتمد التراضى.

(١١) أى ويخالف البيع النكاح حيث القصد في البيع الصفة والقصد في النكاح العين، وهذا فارق يبطل به القياس.

(١٢) والنوع الثانى هو بيع سلعة حاضرة مرئية.

(١٣) فى نسخة ((ب)) : بجهة المبيع. / وهو تحريف.
وانما لم يصح البيع مع الجهل بصفة المبيع، لأن البيع يعتمد الرضا ولا يتحقق الرضا بمجهول، فكان البيع المجهول الصفة بيعا عن غير تراض، فيبطل لذلك.

(١٤) السلم بفتح السين واللام، هو عقد على موصوف فى الذمة ببدل يعطى عاجلا.
وسمى سلما لتسليم رأس المال فى المجلس. أنظر تصحيح التنبيه ص ٦٨.
والجامع فى القياس المذكور هو أنه أحد نوعى البيع، فى كل من الأصل وهو السلم والفرع وهو بيع الغائب. ولما كان حكم الأصل عدم صحة السلم مع الجهل بصفة المسلم فيه كان حكم الفرع كذلك فلا يصح بيع مالم يره أيضا لذلك.

(١٥) فى نسخة ((ب)) : ولهذا لو لم يتقدم. / ومافى الأصل هو الصواب لقوله بعد : واذا تقدم الوصف ثم عقد صح عندنا. قاله فى معرض نقض قول المعترض.

(١٦) لأنه يكون عقدا على مجهول وقت العقد فيكون باطلا.

قلنا : بل هو معقود على الموصوف ، وان تقدم[١٧] الوصف ثم عقد صح عندنا ، كما يصح البيع اذا تقدمت الرؤية[١٨] ، ولأنه بيع[١٩] عين لم يرها المشترى ، ولا شيئا منها ، فأشبه بيع اللبن فى الضرع ، والحمل فى البطن والنوى فى التمر.[٢٠]

فان قيل : ذاك[٢١] بعض من جملة ، قائم على أصل الخلقة[٢٢] ، ولهذا لم يجز بيع الصوف على ظهر الغنم ، وان كان ظاهرا.[٢٣]

---

(١٧) فى نسخة ((ب)) : فاذا تقدم.

(١٨) بجامع العقد على معلوم فى كل من الأصل وهو البيع اذا تقدمت الرؤية والفرع وهو السلم اذا تقدم الوصف فيه على العقد .

(١٩) أى بيع الغائب .

(٢٠) حيث لا يصح بيع شئ من ذلك .
بجامع أنه بيع عين لم يرها المشترى فى كل من الأصل وهو بيع اللبن فى الضرع والحمل فى البطن والنوى فى التمر ، والفرع وهو بيع الغائب.
ولما كان حكم الأصل بطلان البيع فيه ، كان حكم الفرع كذلك فلا يصح بيع مالم يره المشترى أيضا لذلك .

(٢١) اشارة الى اللبن فى الضرع والحمل فى البطن والنوى فى التمر.

(٢٢) أى معتمد على أصل الخلقة فى وجوده فلا يمكن تحققه بدون الأصل وهو الضرع والبطن والتمر. أى فالجهالة فيه متأصلة ولا كذلك فى الغائب فان الجهالة فيه غير متأصلة لامكان معرفته بالرؤية .

(٢٣) لاحتمال أن يموت الحيوان قبل الجز فيصير صوفه نجسا ، وذلك غرر من غير حاجة ، ولأنه لا يمكن تسليمه الا باستئصاله من أصله ولا يمكن ذلك الا بايلام الحيوان وهذا لا يجوز ، سواء شرط جزه فى الحال أم لا ، وفى وجه شاذ ضعيف انه يجوز بشرط الجز فى الحال ، أنظر المجموع جـ٩ ص ٣١٨ .
والدليل على منع بيع الصوف على ظهر الغنم حديث ابن عباس: أن النبى صلى الله عليه وسلم نهى ان تباع الثمرة حتى يبين صلاحها أو يباع صوف على ظهر أو لبن فى ضرع أو سمن فى لبن . رواه الدارقطنى جـ٣ ص١٤ - كتاب البيوع ، رقم/ ٤٠ ، ورواه البيهقى جـ٥ ص ٣٤٠ باب ماجاء فى النهى عن بيع الصوف على ظهر الغنم . الخ .
=

قيل : يبطل بأغصان الشجر (٢٤) والجزء الشائع من الجملة (٢٥) ، والصوف لا يجوز بيعه ، لأنه لا يقدر على تسليم جميعه (٢٦) الا بتعذيب الحيوان ، وذلك لا يجوز .

فان احتجوا : بما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : (من اشترى شيئا لم يره ، فهو بالخيار اذا رآه) (٢٧) .

= ثم قال : تفرد برفعه عمر بن فروخ وليس بالقوى ، وقد ارسله عنه وكيع ورواه غيره موقوفا . أهـ ثم روى عن ابن عباس موقوفا : لا نشترى اللبن في ضروعها ولا الصوف على ظهورها . ثم قال البيهقى : هذا هو المحفوظ موقوف . أهـ .

قال في التلخيص جـ٣ ص ٦ : قلت : وقد وثقه - يعنى عمر بن فروخ - ابن معين وغيره . أهـ . رقم / ١١٣١ .

(٢٤) حيث يجوز بيعه وان كان بعضا من جملة وهى الشجرة ، معتمدا في حياته عليها .

(٢٥) حيث يجوز بيعه أيضا .

(٢٦) لافتقار تسليم جميعه الى استئصال الصوف من أصله ولا يتوصل الى ذلك الا بتعذيب الحيوان وهو حرام . فكان هذا الفارق بين الأصل وهو بيع الصوف على ظهر الغنم اذا كان حيا والفرع وهو بيع اللبن في الضرع والحمل في البطن والنوى في التمر غير معتبر ، لأن النهى عنه لامر خارج وهو تعذيب الحيوان واما الفرع فليس كذلك لأن النهى عنه متعلق بصفة المبيع وهى الجهالة .

(٢٧) رواه الدارقطنى عن أبى هريرة مرفوعا . جـ٣ ص ٤ كتاب البيوع رقم / ١٠ ورواه أيضا عن مكحول رفعه : من اشترى شيئا لم يره فهو بالخيار اذا رآه ان شاء اخذه وان شاء تركه . أهـ قال أبو الحسن - يعنى الدارقطنى - : هذا مرسل وأبو بكر بن أبى مريم ضعيف . أهـ جـ٣ ص ٤ رقم / ٨ ورواه البيهقى أيضا عن مكحول مرفوعا . جـ٥ ص ٢٦٨ باب من قال : يجوز بيع العين الغائبة ونقل قول الدارقطنى المتقدم . ورواه أيضا عن أبى هريرة مرفوعا . وذكر قول الدارقطنى الآتى في عمر بن ابراهيم الكردى احد رجال السند . =

قلنا : قال الدارقطني (٢٨) : هذا حديث باطل ، لم يروه غير عمر (٢٩) بن ابراهيم الكردي (٣٠) ، وهو كذاب ، يضع الحديث ، وانما هو عن ابن سيرين (٣١) ،

= ورواه ابن حزم في المحلى جـ٩ ص ٢٧٩ وقال : واسماعيل - يعني ابن عياش - ضعيف وأبو بكر بن أبي مريم مذكور بالكذب ومرسل مع ذلك - يعني لان مكحولا رفعه وهو تابعي - أهـ .

(٢٨) هو علي بن عمر بن أحمد بن مهدي ، أبو الحسن الدارقطني ، شافعي المذهب ، ولد سنة ٣٠٦هـ بدار القطن من احياء بغداد ، ورحل الى مصر فساعد ابن حنزابة وزير كافور الاخشيدي على تأليف مسنده . له تأليف منها: السنن والعلل والمجتبى وغيرها . توفي سنة ٣٨٥هـ . أنظر الاعلام جـ٤ ص ٣١٤ .

(٢٩) في نسخة ((ب)) : لم يروه غير ابراهيم الكردي . / وهو خطأ .

(٣٠) هو عمر بن ابراهيم بن خالد الكردي الهاشمي مولاهم . روى عن عبد الملك ابن عمير وابن أبي ذئب وشعبة ، وروى عنه عبد الله محمد المحزمي واسحاق الختلي وغيرهما . قال الدارقطني : كذاب . وقال الخطيب : غير ثقة . - توفي بعد سنة ٢٢٠هـ . أنظر الميزان جـ٣ ص ١٧٩ رقم / ٦٠٤٤ .

(٣١) عبارة الدارقطني هكذا : عمر بن ابراهيم يقال له : الكردي يضع الأحاديث وهذا باطل لا يصح ، لم يروها غيره ، وانما يروى عن ابن سيرين موقوفا من قوله . أهـ . الدارقطني جـ٣ ص ٥ .
وزاد في التعليق المغني عليه فقال : وقال ابن القطان في كتابه : والراوي عن الكردي داهر بن نوح وهو لا يعرف . أهـ . جـ٣ ص ٥ .
وابن سيرين هو محمد بن سيرين البصري ، الانصاري بالولاء ، يكنى بأبي بكر ، ولد سنة ٣٣ للهجرة ، من كبار التابعين ، كان امام وقته في علوم الدين بالبصرة ، نشأ بزازا في اذنه صمم ، تفقه وروى الحديث اشتهر بالورع وتعبير الرؤيا . توفي بالبصرة سنة ١١٠هـ . أنظر الاعلام جـ٦ ص ١٥٤

ورفعه أيضا اسماعيل بن عياش (٣٢) عن أبى بكر بن أبى مريم (٣٣) عن مكحول (٣٤)، والأول ضعيف والثانى متروك ، ومكحول عن النبى صلى الله عليه وسلم ، مرسل (٣٥)، وقد سئل مكحول فقيل له (٣٦): اشتريت فرسا وهو غائب ، قال : لا يصح بيع الغائب .

---

(٣٢) هو اسماعيل بن عياش أبو عتبة ، ضعيف فى غير الشاميين روى له أصحاب السنن الأربعة . عالم أهل الشام مات ولم يخلفه مثله .
روى عن شرحبيل بن مسلم ومحمد بن زياد الالهانى وبحير بن سعد وغيرهم .
وروى عنه سفيان الثورى وابن اسحاق وسعيد بن منصور وغيرهم .
قال الفسوى : تكلم قوم فى اسماعيل ، وهو ثقة عدل اعلم الناس بحديث الشام أكثر ما تكلموا فيه قالوا : يغرب عن ثقات الحجازيين . ومثله عن ابن معين .
وقال البخارى : اذا حدث عن أهل بلده فصحيح واذا حدث عن غيرهم ففيه نظر .
وضعفه أبو حاتم والنسائى وابن حبان وابن المدينى وابن خزيمة .
توفى سنة ١٨١ هـ . أنظر الميزان جـ١ ص ٢٤٠ رقم / ٩٢٣ .

(٣٣) هو أبو بكر بن عبد الله بن أبى مريم الغسانى . قيل اسمه بكير وقيل عمرو وليس حديثه بصحيح ، ضعفه أحمد وغيره لكثرة غلطه . روى له أبو داود والترمذى وابن ماجه . وقال فيه ابن حبان : ردئ الحفظ لا يحتج به اذا انفرد وقال ابن عدى : احاديثه صالحة ولا يحتج به . توفى سنة ١٥٦ هـ . أنظر الميزان جـ٤ ص ٤٩٧ - رقم / ١٠٠٠٦ .

(٣٤) هو مكحول الدمشقى ، مفتى أهل الشام وعالمهم ، وثقه غير واحد وضعفه محمد ابن سعيد وجماعة غيره . وهو صاحب تدليس ، قال ابن اسحاق : سمعت مكحولا يقول : طفت الأرض فى طلب العلم ، وذكر عنه قوله : ما استودعت صدرى شيئا الا وجدته حين اريد . توفى سنة ١١٣ هـ ، روى له الأربعة أصحاب السنن . أنظر الميزان جـ٤ ص ١٧٧ رقم / ٨٧٤٩ .

(٣٥) لأن مكحولا من التابعين فاذا رفع الحديث الى النبى صلى الله عليه وسلم كان الحديث مرسلا .

(٣٦) فى نسخة ((ب)) : فقيل اذا اشتريت فرسا .

قالوا : روى عن ابن المسيب (٣٧) أنه قال : قال أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم :
وددنا أن عثمان (٣٨) وعبد الرحمن (٣٩) قد تبايعا حتى ننظر أيهما أعظم جـــدا (٤٠)

---

(٣٧) هو سعيد بن المسيب بن حزن المخزومي ، أبو محمد ، كان من
الممتحنين ، صاحب عبادة وجماعة من الصحابة ، زوج ابنته بدرهمين ، قال
عن نفسه : ما أذن المؤذن منذ ثلاثين سنة الا وأنا في المسجد ، وقال
مافاتتني التكبيرة الأولى منذ خمسين سنة ، وما نظرت في قفا رجل في
الصلاة منذ خمسين سنة . وقيل كان يسرد الصوم . أنظر الحلية جـ٢ ص١٦١
ولد سنة خمس عشرة ، وتوفي سنة ثلاث وتسعين وقيل أربع . أنظر
الخلاصة ص١٤٣ .

(٣٨) هو عثمان بن عفان بن أبي العاص الأموي ، الخليفة الراشد الثالث ، ذو
النورين ، من المبشرين بالجنة . جهز جيش العسرة ، فقال النبي
صلى الله عليه وسلم : ماعلى عثمان ماعمل بعد هذا ، وقد قال فيه
النبي صلى الله عليه وسلم : عثمان احيا أمتي واكرمها .
هاجر الهجرتين ، الأولى الى الحبشة والثانية الى المدينة .
أنظر الحلية جـ١ ص٥٥ .
قتل في سابع ذي الحجة يوم الجمعة سنة خمس وثلاثين . أنظر الخلاصة ص٢٦١
قتله جماعة من أهل مصر ثاروا عليه فتسوروا عليه من دار الى دار . أنظر
الاصابة جـ٢ ص٤٦٢ رقم /٥٤٤٨ .

(٣٩) هو عبد الرحمن بن عوف الزهري .
كان كثير الاموال والانفاق في سبيل الله ، ومن الاتقياء الورعين قال فيه
صلى الله عليه وسلم : انت أمين في أهل الأرض ، أمين في أهل السماء .
انفق سبعمائة راحلة باحمالها واقتابها واحلاسها في سبيل الله . أنظر
الحلية جـ١ ص٩٧ .
توفي سنة اثنتين وثلاثين وقيل ثلاثة ، بالمدينة ودفن في البقيع ، وهو ابن خمس
وسبعين سنة . أنظر الخلاصة ص٢٣٣ .

(٤٠) قال ابن الأثير في النهاية جـ١ ص٢٤٤ : والجد : الحظ والسعادة والغنى .
ومنه حديث القيامة (واذا أصحاب الجد محبوسون) أي ذووا الحظ
والغنى . أهـ .
وفي المصباح جـ١ ص١٠١ : والجد الحظ ، يقال : جددت بالشئ أجد من
باب تعب ، اذا حظيت به . أهـ .

فى التجارة ،فاشترى عبد الرحمن من عثمان فرسا بأرض أخرى [٤١] بأربعين ألف درهم، ان أدركتها [٤٢] الصفقة وهى سالمة. [٤٣]

وقال ابن أبى مليكة: [٤٤] ابتاع عثمان من طلحة أرضا بالمدينة بأرض له بالكوفة فقال: بايعتك [٤٥] مالم أره ، فقال طلحة: انما النظر لى ، انما ابتعت مغيبا ، فتحاكما الى جبير بن مطعم [٤٦] فقضى على عثمان أن البيع جائز

---

(٤١) فى نسخة ((ب)) : بأرض أحد .

(٤٢) فى نسخة ((ب)) : ان ادركها .

(٤٣) رواه البيهقى جـ٥ ص ٢٦٧ باب من قال : يجوز بيع العين الغائبة وزاد : ثم اجاز قليلا فرجع فقال : ازيدك ستة آلاف درهم ان وجدها رسولى سالمة ،فقال : نعم فوجدها رسول عبد الرحمن قد هلكت فخرج منها بشرطه الاخر . أهـ .

(٤٤) هو عبد الله بن عبيد الله بن أبى مليكة التيمى ، من القضاة ، ورجال الحديث الثقات ، تولى لابن الزبير قضاء الطائف ، توفى سنة ١١٧ هـ، أنظر الاعلام جـ٤ ص ١٠٢ .

واما طلحة الآتى ذكره فهو بن عبيد الله ، كان شجاعا كريما من كبار الصحابة وكان اذا ذكرت وقعة أحد لأبى بكر يقول : ذلك كله يوم طلحة ، لما ابلاه فيه من الدفاع عن النبى صلى الله عليه وسلم . وقال فيه النبى صلى الله عليه وسلم : من سره أن ينظر الى رجل يمشى على الأرض قد قضى عنه ، فلينظر الى طلحة ،أهـ ودخل يوما على سعدى بنت عوف المزنية وكان مغموما فسألته فقال : كثر مالى واكربنى فقالت له : اقسمه، قالت : فقسمه حتى مابقى منه درهم واحد وكان ماله قد بلغ أربعمائة ألف درهم . أنظر الحلية جـ١ ص ٨٧ . استشهد يوم الجمل سنة ٣٦ هـ أنظر الخلاصة ص ١٨٠ .

(٤٥) فى نسخة ((ب)) : فقال : بعتك .

(٤٦) هو جبير بن مطعم بن عدى بن عبد مناف النوفلى . أسلم قبل حنين أو يوم الفتح ،له ستون حديثا ، كان حليما وقورا عارفا بالنسب ،أعطاه النبى صلى الله عليه وسلم مائة من الابل ، توفى بالمدينة سنة تسع أو ثمان وخمسين أنظر الخلاصة ص ٦٠ .

وان النظر[٤٧] لطلحة انه ابتاع مغيبا .[٤٨]

قلنا : الروايتان مرسلتان[٤٩] ، فانه لم يصلح سماعهما عمن رويا عنه .

قالوا : الرؤية في النكاح آكد ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم ندب[٥٠] المغيرة[٥١] اليها ،

---

(٤٧) في نسخة ((ب)) : ولان النظر.

(٤٨) رواه البيهقي جـ٥ ص ٢٦٨ باب من قال : يجوز بيع العين الغائبة.
قال في المجموع جـ٩ ص ٢٧٨ : رواه البيهقي باسناد حسن ، لكن فيه رجل مجهول مختلف في الاحتجاج به وقد روى له مسلم في صحيحه . أهـ .
ورواه الطحاوي في شرح معاني الآثار جـ٤ ص١٠ باب تلقي الجلب.

(٤٩) اما الأولى فلانها عن سعيد بن المسيب وهو تابعي .
قلت : وان كان سعيد بن المسيب تابعيا الا أنه لم يرفع الحديث الى النبي صلى الله عليه وسلم كي يحكم على حديثه بأنه مرسل ، بل ذكره عن أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم وقد أدرك الكثير منهم ، فلا يبدو صحة وصفه بالارسال .
واما الثانية فهي قوله : وقال ابن أبي مليكة وهو تابعي ، والقول فيها ماقلنا في الرواية الأولى . الا أن الطحاوي رواها عن ابن أبي مليكة عن علقمة بن وقاص الليثي قال : اشترى طلحة . . . الخ . شرح معاني الآثار جـ٤ ص ١٠ .
وقد ذكرنا قبلا قول النووي في المجموع جـ٩ ص ٢٧٨ ان اسناده حسن ولم يعلله بالارسال كما ذكر المصنف هنا .
كما أن ابن حزم رواه في المحلى جـ٩ ص ٢٧٣ ولم يعلله بشئ من ذلك .
وسواء قصد المصنف الارسال عند المحدثين أو عند الفقهاء فانني لم أعثر على من قال مثل ذلك . فلعله سهو منه . والله أعلم .

(٥٠) في نسخة ((ب)) : اذ ندب.

(٥١) هو المغيرة بن شعبة بن أبي عامر ، شهد الحديبية ، وأسلم زمن الخندق ، له مائة حديث وستة وثلاثون حديثا ، كان عاقلا أديبا فطنا لبيبا ، داهية ، قيل انه أحصن ألف امرأة . توفي سنة خمسين . أنظر الخلاصة ص ٣٨٥ .

فقال : (انظر الى وجهها فانه احرى أن يؤدم بينكما) (٥٢) ، والقصد منه الاستمتاع بالنظر ، ثم لم يعتبر (٥٣) ففى البيع أولى (٥٤) .

قلنا : بل الرؤية فى البيع آكد ، الا ترى أنه يثبت الخيار بعدمها (٥٥) فى البيع ، ولا يثبت فى النكاح (٥٦) ، والخبر (٥٧) يعارضه أن النبى صلى الله عليه (وسلم) نهى عن بيع الغرر (٥٨) ، ولم ينه عن نكاح الغرر (٥٩) .

---

(٥٢) رواه النسائى : ٦ص٦٩ تحت عنوان اباحة النظر قبل التزويج . من كتاب النكاح
ورواه الترمذى ج٣ص٣٩٧ باب ما جاء فى النظر الى المخطوبة . رقم/ ١٠٨٧ ،
وقال فيه : هذا حديث حسن . أهـ .
ورواه ابن ماجه ج١ص٦٠٠ باب النظر الى المرأة اذا أراد أن يتزوجها ، رقمه /١٨٦٦ قال فى الزوائد : اسناده صحيح . أهـ .

(٥٣) أى ثم لم يشترط النظر فى النكاح .

(٥٤) أى أن لا تعتبر فيه الرؤية لعدم ورود الامر بها كما فى النكاح . فاذا لم تعتبر مع ورود الأمر بها فى النكاح فمع عدم ورودها فى البيع أولى أن لا تعتبر .

(٥٥) فى نسخة ((ب)) : لعدمها .

(٥٦) أى فهذا فارق يبطل به قياسهم البيع على النكاح فى عدم اعتبار الرؤية فى كل .

(٥٧) أى خبر المغيرة بن شعبة .

(٥٨) رواه مسلم ج٣ ص١١٥٣ باب بطلان بيع الحصاة والبيع الذى فيه غرر ، رقم الحديث/ ٤ .
عن أبى هريرة : قال : نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الحصاة وعن بيع الغرر . أهـ .
ورواه ابن ماجة ج٢ ص٧٣٩ باب النهى عن بيع الحصاة وعن بيع الغرر عن أبى هريرة أيضا مرفوعا . رقم/ ٢١٩٤ لكن بلفظ : نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الغرر وعن بيع الحصاة . أهـ . بتقديم وتأخير فيه .
ورواه أبو داود ج٣ص٢٥٤ باب فى بيع الغرر . رقم/ ٣٣٧٦ عن أبى هريرة أن النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الغرر ، زاد عثمان - يعنى بن أبى شيبة - والحصاة . أهـ .
ورواه الترمذى ج٣ص٥٣٢ باب ما جاء فى كراهية بيع الغرر ، رقمة/ ١٢٣٠ وقال : حديث أبى هريرة حديث حسن صحيح . أهـ .
ورواه النسائى ج٧ ص٢٦٢ تحت عنوان : بيع الحصاة .
قال فى التلخيص ج٣ص٦ رقم/ ١١٢٩ : فائدة : المراد بالغرر الخطر . وقيل : التردد بين جانبين ، الأغلب منهما اخوفهما ، وقيل : الذى ينطوى عن الشخص عاقبته . أهـ .

(٥٩) أى وهذا فارق آخر يبطل به قياسهم المذكور .

ولأن القصد بالنكاح الوصلة والالفة ، فلم تؤثر فيه عدم الرؤية [٦٠] ، والقصد بالبيع الصفات التي تزيد بها القيمة ، وذلك يعرف بالرؤية [٦١] ، ولهذا يثبت الخيار في البيع [٦٢] بما ينقص القيمة من العمى أو العرج ولا يثبت في النكاح [٦٣] .

قالوا : جهالة [٦٤] لا تمنع التسليم ، فأشبه الجهل بباطن الصبرة [٦٥] ، والجوز ، وموضع العيب [٦٦] .

قلنا : يبطل به اذا قال : بعتك ثوبا ، فانه جهالة لا تمنع التسليم [٦٧] ، لأنه يحمل على تسليم ما يقع عليه [٦٨] الاسم ، كما يحمل في الوصية بثوب [٦٩] ، [٧٠] ثم يمنع الصحة [٧١] ،

---

(٦٠) في الأصل : فلم تؤثر فيه الرؤية / وهو خطأ .

(٦١) في نسخة ((ب)) : وذلك معروف بالرؤية .

(٦٢) أي وهذا فارق أيضا يبطل به قياسهم البيع على النكاح .

(٦٣) في الأصل بالبيع .

(٦٤) أي بيع مالم يره المشتري جهالة لا تمنع التسليم ، فهي صفة لموصوف محذوف .

(٦٥) الصبرة من الطعام ، جمعها صبر مثل غرفة وغرف ، وعن ابن دريد : اشتريت الشيء صبرة أي بلا كيل ولا وزن . أهـ المصباح جـ١ ص ٣٥٥ .

(٦٦) بجامع كون الجهالة لا تمنع التسليم في كل من الأصل وهو الصبرة والجوز وموضع العيب والفرع وهو بيع مالم يره المشتري .

(٦٧) أي ومع ذلك يبطل به البيع . فبطل أن يكون بيع مالم يره المشتري من باب الجهالة التي لا تمنع التسليم .

(٦٨) في نسخة ((ب)) : ماوقع .

(٦٩) في نسخة ((ب)) : في الوضوء . / وهو خطأ .

(٧٠) حيث تصح الوصية به ، لأن الغرر يجوز في الوصية والهبة لانها ليست معاوضة . أنظر المنهاج ص ٩٠

(٧١) أي الجهالة في بعتك ثوبا تمنع الصحة وان لم تمنع التسليم .

وباطن الصبرة والجوز معلوم بحكم العرف، فان العلم بذلك فى العادة أن ينظر الى ظاهره ولو لم يكن ذلك معلوما لثبت له الخيار اذا رآه (٧٢)، ولأن فى الوقوف على باطن الصبرة ومواضع العيب مشقة، وفى باطن الجوز ضرر، لأن صلاحه بقشره (٧٣)، فعفى عنه كما عفى فى لزوم البيع من طى البئر (٧٤) واساسات الدار ولا مشقة فى مشاهدة ظاهر المبيع، فاعتبر (٧٥)، ولهذا يلزم البيع فى الصبرة والجوز وفى (٧٦) مواضع العيب اذا شرط البراءة منه (٧٧)، ولا يلزم مع عدم الرؤية بحال.

قالوا : ادراك باحدى (٧٨) الحواس، فأشبه (٧٩) سائر الحواس (٨٠).

---

(٧٢) أى ولا كذلك فى بيع الغائب اذ لا ضابط له من عرف أو غيره فيرجع اليه كما فى الجهل بباطن الصبرة والجوز ومحل العيب، فثبت أن بين الأصل والفرع فى قياسهم بيع الغائب على بيع الصبرة والجوز مع الجهل بباطنهما وكذا الجهل بمحل العيب فى المبيع فارقا والقياس مع الفارق باطل.

(٧٣) فى نسخة ((ب)) : لان صاحبه بقشره. / وهو خطأ بين.

(٧٤) فى نسخة ((ب)) : على طى. / والمقصود الوقوف على أحوائه ومنحنياته لعدم امكان ذلك اما لظلمة دائمة فيه أو لوجود الماء المانع من الوقوف على اطوائه أو اعماقه. ففى القاموس جـ٤ ص ٣٥٨ : ومطاوى الحية والامعاء والشحم والبطن والثوب اطواؤها - أى اماكن الانطواء والانثناء منها - أهـ.

(٧٥) أى ولا كذلك فى بيع الغائب. فكان هذا فارقا آخر يتأكد به بطلان قياسهم المذكور.

(٧٦) سقطت واو العطف فى نسخة ((ب)).

(٧٧) أى وتحققت البراءة من العيوب المذكورة.

(٧٨) فى الاصل : باحد الحواس. /والصواب ما اثبتناه من نسخة ((ب)). والمراد أن المبيع فى بيع الغائب يدرك باحدى الحواس وهى حاسة السمع، لأن بيع الغائب بيع على الوصف.

(٧٩) فى الأصل : فأشبه تمايز الحواس.

(٨٠) حيث يصح البيع بما يدرك بها.

بجامع الادراك باحدى الحواس، فى كل من الأصل وهو سائر الحواس، والفرع وهو حاسة السمع.

ولما كان حكم الاصل صحة البيع فيما يدرك بسائر الحواس، كان حكم الفرع كذلك فيصح بيع ما يدرك بحاسة السمع أى بيع الغائب أيضا لذلك.

قلنا : بحاسة البصر يدرك عامة الصفات ، وبسائر الحواس لا يدرك ذلك[٨١] ، ولهذا لا يلزم البيع مع عدم الرؤية ، ويلزم مع عدم سائر الحواس.[٨٢]

قالوا : عدم الأجزاء[٨٣] لا يمنع صحة البيع ، فالجهل بها[٨٤] أولى.[٨٥]

قلنا : عدمها[٨٦] لا يوجب الغرر فيما وقع العقد عليه[٨٧] ، والجهالة[٨٨] توجب الغرر ، ولهذا عدم الأجل[٨٩] لا يمنع صحة البيع ، والجهل به يمنع.[٩٠]

* مسألة (٢) : اذا قال بعنى ، فقال : بعتك . انعقد البيع.[١] / ١٢٨ ش.

---

(٨١) وهذا فارق بين الأصل والفرع يبطل به قياسهم المذكور.

(٨٢) كما لو اشترى شيئا ورآه الا أنه لم يذقه أو يشمه أو يلمسه أو يسمعه. فدل على أن لحاسة البصر خاصية ليست فى سائر الحواس.

(٨٣) جمع جزء. أى انعدام وجود اجزاء المبيع أصلا لا يمنع صحة البيع كما فى بيع السلم ، فانه بيع موصوف فى الذمة .

(٨٤) أى بأوصاف تلك الاجزاء مع وجودها .

(٨٥) أى أن لا يمنع صحة البيع.

(٨٦) أى أجزاء المبيع.

(٨٧) لانه مضبوط بما شرطاه من الاوصاف عند العقد .

(٨٨) أى بصفات المبيع الغائب .

(٨٩) أى فيما لم يشترط فيه الأجل .

(٩٠) أى فيما اشترطا فيه الأجل .

(١) هذا فى ظهر القولين . أنظر المنهاج ص ٤٤ : ولو قال : بعنى ، فقال بعتك . انعقد فى الاظهر. أهـ. وكذا قال فى الوجيز جـ١ ص١٣٢ . ولم يذكر اشيرازى القول الثانى لا فى المهذب جـ١ ص٢٥٧ ولا فى التنبيه ص ٦٢ بل اقتصر على القول بانعقاد البيع به.

وقال فى المجموع جـ٩ ص ١٥٥ بعد ذكر القولين ، قال امام الحرمين وغيره : نص الشافعى أن البيع لا ينعقد ، ونص مثله فى النكاح انه ينعقد ، فقيل قولان فيهما بالنقل والتخريج اصحهما الصحة فيهما ، والثانى : البطلان فيهما . أهـ .

=

وقال أبو حنيفة : لا ينعقد (٢) .

لنا : أن ماكان قبولا بلفظ الماضى ، كان قبولا بلفظ الاستدعاء ، كالنكاح (٣) .

فان قيل : النكاح لا يحضره المساومة (٤) ، بل تتقدمه ، فلا يقول زوجنى الا وهو قابل ، والبيع تحضره المساومة ، فربما قال بعنى (٥) ولا يكون قابلا (٦) .

= وهو قول الحنابلة ، شرح المنتهى جـ٢ ص ١٤٠ كشاف القناع جـ٣ ص ١٣٧ .
وذكر فى المغنى جـ٣ ص ٤٨١ عن أحمد فيه روايتين الصحة وعدمها .
وبه يقول المالكية ، الشرح الصغير جـ٣ ص ٣ . الجواهر جـ٢ ص٢ شرح المنح جـ٢ ص ٤٦٣ .
وتحتمل عبارة ابن حزم المطلقة أن يكون هذا قوله أيضا . أنظر المحلى جـ٩ ص ٢٩٤ .

(٢) الهداية جـ٥ ص ٤٥٧ . التبيين جـ٤ ص ٤ . المبسوط جـ١٢ ص ١٠٩ . البدائع جـ٥ ص ١٣٣ .

(٣) حيث لو قال لولى المرأة : انكحنى ، فقال : انكحتك ، لانعقد به النكاح . بجامع القبول بلفظ الماضى فى كل من الأصل وهو النكاح والفرع وهو البيع. ولما كان حكم الأصل انعقاده بلفظ الاستدعاء كان حكم الفرع كذلك فينعقد البيع بلفظ الاستدعاء أيضا لذلك .

(٤) مفاعلة من السوم ، وهو طلب البيع. تقول : سام البائع السلعة سوما من باب قال اذا عرضها للبيع ، وسامها المشترى واستامها اذا طلب بيعها ومنه الحديث (لا يسم المسلم على سوم أخيه) رواه مسلم جـ٣ ص ١١٥٤ كتاب البيوع باب تحريم بيع الرجل على بيع أخيه رقم/ ٩ . أى لا يشترى ويجوز حمله على البائع أيضا وصورته : ان يعرض رجل على المشترى سلعته بثمن فيقول آخر: عندى مثلها بأقل من هذا الثمن ، فيكون النهى عاما يشمل البائع والمشترى . وبالجملة فالتساوم والمساومة : ان يعرض البائع سلعته بثمن ويطلبها المشترى بثمن دون الأول . أنظر المصباح جـ١ ص ٣١٨ .

(٥) سقط لفظ (بعنى) من الأصل .

(٦) أى فان قيل: هناك فرق بين الأصل وهو النكاح والفرع وهو البيع فى القياس المذكور والقياس مع الفارق باطل . فالجواب ماسيذكره بعده .

قيل : فى النكاح لو[٧] لم يتقدم موافقه ، فقال زوجنى ، انعقد أيضا ، وفى البيع لو تقدمت الموافقة[٨] وتقرر العوض[٩] ، فقال : بعنى ، لم يصح عندكم[١٠].

فان قيل : النكاح يلحق العار[١١] برده[١٢] ، فجعلناه[١٣] قبولا ، حتى لا يظهر رغبة ثم يرد[١٤] ، ولا عار فى البيع[١٥].

قيل : فيجب اذا بعث من يخطب أن يجعل ذلك قبولا[١٦].

---

(٧) سقط لفظ (لو من نسخة ((ب)) .

(٨) فى الأصل : لو تقدم .

(٩) فى نسخة ((ب)) : وتقرر الغرض .

(١٠) أى فلا عبرة بالفارق الذى ذكرتموه بين النكاح والبيع فى قياسنا . وبانتفائه يبطل اعتراضكم المذكور . وأنظر المبسوط جـ١٢ ص ١٠٩ .

(١١) يوجد طمس فى نسخة ((ب)) مكان كلمة (العار) .

(١٢) لاثارته قالة السوء فى الخاطب ، فقد يقال : لولا أن ولى المرأة اطلع على عيب فى بدنه أو دينه لما رده .

(١٣) أى الايجاب بصيغة الاستدعاء : زوجنى .

(١٤) أى حتى لا يظهر طالب النكاح رغبة فيه ، ثم يرده الولى فيلحق العار بالخاطب .

(١٥) أى فان قيل: أن هناك فارقا بين الاصل وهو النكاح والفرع وهو البيع، فانه لو طلب النكاح فرفضه الولى لحقه العار ، ولا كذلك البيع ، فلو طلبه ثم رجع عنه لا يلحقه العار ، فلا يصح قياس أحدهما على الآخر لذلك ، فالجواب فاسيذكره بعدها .

(١٦) لأن المعنى المذكور فى رده اذا طلب ثم رد وهو لحاق العار ، موجود فى وكيله اذا ارسله ثم رد أيضا .

أى والحال أنه لا يعتبر ارسال المبعوث للخطبة قبولا للنكاح مع ما فيه من لحاق العار به ، فبطل ماذكروه من الفارق بين النكاح والبيع .

فان قيل : النكاح ينعقد بالوكيل وحده ، فاذا قال : زوجني (١٧) صار ذلك توكيلا للولي (١٨) فانعقد بايجابه وحده (١٩) ، والبيع لا ينعقد (٢٠) .

قيل : النكاح كالبيع عندنا (٢١) ، ثم لو كان ذلك (٢٢) توكيلا لجاز أن يوجب الولي في غير مجلس الزوج (٢٣) ، كالوكيل (٢٤) . ولأن ما افتقر الى القبول كفى في قبوله لفظ الاستدعاء ، كما لو قال اعتق عبدك عني بألف (٢٥) .

قالوا : لم يوجد القبول في البيع بلفظ الماضي ، فأشبه اذا قال : أتبيعني (٢٦) .

---

(١٧) أي الزوج للولي .

(١٨) أي في الايجاب عنه . أعني عن الزوج .

(١٩) أي الولي ، الذي أصبح وكيلا عن الزوج بقوله له : زوجني .

(٢٠) أي بايجاب الوكيل وحده عن الطرفين ، الا في الاب ، فانه يتولى الطرفين في مال الصغير . أنظر مجمع الأنهر جـ٢ ص ٤ .

(٢١) أي في عدم صحة انعقادهما بتولي الوكيل طرفي العقد فيهما .

أنظر الاشباه للسيوطي ص ٢٨٠ .

(٢٢) أي الايجاب عن الوكيل لو كان توكيلا للولي .

(٢٣) أي في حال غيبته ، لكن الحال أنه لا يجوز له ذلك .

(٢٤) حيث يجوز له الايجاب في غير مجلس الزوج .

أي والحال أنه ليس للولي أن يوجب عن الزوج في حال غيبته فصح أن الايجاب من الزوج ليس توكيلا للولي في العقد عنه .

(٢٥) حيث يكفي في الدلالة على قبول المتكلم للعقد هنا ، لفظ الاستدعاء وهو قوله : اعتق .

بجامع الافتقار الى القبول في كل من الاصل وهو مالو قال اعتق عبدك عني بألف والفرع وهو البيع .

ولما كان حكم الأصل الاكتفاء في الدلالة على قبول طالب العتق بلفظ الاستدعاء كان حكم الفرع كذلك فيكفي قوله بعني في الدلالة على قبول البيع أيضا لذلك .

(٢٦) حيث لا يصح العقد به لافتقاره الى صيغة الماضي . أنظر مجمع الانهر جـ٢ ص٤ .

بجامع الافتقار الى صيغة الماضي في كل من الأصل وهو قوله : اتبيعني والفرع وهو قوله بعني .

ولما كان حكم الاصل عدم صحة العقد به كان حكم الفرع كذلك فلا يصح العقد بقوله بعني أيضا لذلك .

قلنا : اعتبار لفظ الماضي لا وجه له (٢٧) ، فانه لو اتى بلفظ الماضي لكان معناه القبول في الحال ، اذ لا يجوز أن يكون مراده الاخبار عن قبول مضى (٢٨) ، ولهذا لا فرق بين أن يقول أقسمت بالله (٢٩) ، وبين أن يقول : اقسم بالله ، في انعقاد يمينه (٣٠) ، والمعنى في الأصل (٣١) أنه استفهام (٣٢) ، وهذا قبول (٣٣) ، ولهذا لا يصح النكاح بذلك (٣٤) اللفظ . ويصح بهذا (٣٥) .

---

(٢٧) أى وانما الاعتبار للفظ المفيد قبول البيع سواء كان بصيغة الماضي أوغيرها .

(٢٨) لأن البيع لم يقع بعد في الحقيقة فيكون اخبارا عن غير الواقع ، وهذا كذب فلا يجوز له أن يقصد هذا المعنى .

(٢٩) سقط قوله (بالله) من نسخة ((ب)) .

(٣٠) أى فالغى اعتبار الفرق بين صيغة الماضي والمضارع في صحة انعقاد الايمان ، فكذلك يلغى اعتبار الفرق بين الماضي والاستدعاء في صحة انعقاد البيع .

(٣١) أى المقيس عليه عندهم وهو قوله : أتبيعني .

(٣٢) أى فلا يتضمن ردا ولا قبولا فاستوى فيه الطرفان فلا يمكن اعتبار أحدهما دون الآخر .

(٣٣) أى الفرع المقيس وهو قوله : بعني ./ وانما كان قبولا لأن فيه طلب البيع المتضمن لقبوله .

وهذا فارق بين الأصل والفرع . يبطل به قياسهم المذكور.

(٣٤) في نسخة ((ب)) : بذاك ./ اشارة الى لفظ الاستفهام .

(٣٥) أى لفظ الأمر ، لأن فيه استدعاء وطلبا .

* مسـألة (٣) : اذا أوجب البيع فى عبد لاثنين[1] ، فقبل أحدهما نصفه[2] دون الأخر جاز[3]. / ١٢٨ش

وقال أبو حنيفة : لا يجوز.[4]

---

(١) بأن قال : بعتكما هذا العبد .

(٢) سقط لفظ (نصف) من نسخة ((ب)) .

(٣) وهذا بناء على أن الصفقة تتعدد بتعدد المشترى فى أصح القولين .
أنظر المختصر ص ٨٣ . الام جـ٣ ص ٦٩ . ونص فى المنهاج ص ٤٨ على أنه أظهر القولين فقال : ولو اشترياه ـ أى العبد ـ فلأحدهما الرد فى الأظهر. أهـ . وأنظر المجموع جـ١١ ص ٣٤١ .
وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى جـ٢ ص ١٧٩ . كشاف القناع جـ٣ ص٢١٢
وذكر فى المغنى جـ٤ ص ١٢٢ عن أحمد فى ذلك روايتين كالمذهبين .
وبه يقول المالكية فى أشهر القولين بعد أن كان مالك يرى أن لهما الرد معا أو التمسك به معا : الشرح الصغير جـ٢ ص ٦٦ . الجواهر جـ٢ ص ٤٨ شرح المنح جـ٢ ص ٦٧٢ .
واليه ذهب أبو محمد بن حزم : المحلى جـ٩ ص ٧٣٢ .

(٤) وخالفه صاحباه فى ذلك : المبسوط جـ١٣ ص٥٠ . الهداية جـ٦ ص٣١ : ومن اشترى شيئا مما يكال أو يوزن فوجد ببعضه عيبا رده كله أو أخذه كله ، ومراده بعد القبض . أهـ .
وعلق فى فتح القدير على قوله : ومراده بعد القبض: اما لو كان قبله فلا فرق بين المكيل والموزون وغيرهما كالثياب والعبيد من أنه يرد الكل أو يحبس الكل بخلاف مابعد القبض فانه يجوز رد المعيب خاصة فى غير المكيل والموزون دونهما . أهـ .
وهذه المسألة تشبه المسألة التى ذكرها الشيرازى هنا من حيث رد بعض المبيع وقبول بعضه سواء كان القابل أو الراد شخصا أو أكثر.
ولا فرق فى المنع من التفريق بين أن يفرق فى القبض أو فى القبول . كما فى التبيين جـ٤ ص ٢٩ .

لنـــا : أنه قبل جميع ما أوجب له ، فأشبه اذا أفرده بالعقد فقبل .(٥)

قالوا : ايجاب واحد ، فأشبه اذا أوجب لواحد فقبل بعضه ،(٦)

قلنـا : لا نسلم ، بل هما ايجابان لأن معناه : أوجبت لك . وأوجبت لـــه(٧)

بخلاف ما قاسوا عليه فان ذاك(٨) ايجاب واحد في الحقيقة.(٩)

* مســـألة (٤) : خيار المجلس يثبت في البيع الى أن يتفرقا أو يتخايرا(١) . / ١٢٩ ى

---

(٥) حيث يصح العقد اذن .
والجامع في القياس المذكور هو قبول جميع
ما أوجب البائع ، في كل من الأصل وهو مالو أفرد أحدهما بالعقد .
والفرع وهو مالو أوجب البيع في عبد لاثنين فقبل أحدهما نصفه دون الآخر .
ولما كان حكم الأصل صحة العقد فيه ، كان حكم الفرع كذلك فيصح فيه أيضـا
لذلك .

(٦) حيث لا يجوز له قبول بعض المبيع دون بعض في ايجاب واحد .
بجامع أنه ايجاب واحد في كل من الأصل وهو مالو أوجب لواحد فقبل بعضه
والفرع وهو مالو أوجب البيع في عبد لاثنين فقبل أحدهما نصفه دون الآخـــر
ولما كان حكم الأصل البطلان فيه ، كان حكم الفرع كذلك فلا يصح العقد فيه
أيضا لذلك .

(٧) في الأصل : وأوجبت لك . / والأولى ما أثبتناه من نسخة ((ب)) .

(٨) وهو مالو أوجب البيع لواحد فقبل بعضه .

(٩) فكان قياسهم قياسا مع الفارق ، والقياس معه باطل .

(١) أي الى أن يتفرقا من المجلس بابدانهما ، أو يسقط كل منهما حقه في الفسخ .
أنظر المختصر ص ٧٥ . الام جـ٣ ص ٤ . المنهاج ص ٤٧ . المجمـــوع جـ٩
ص ١٦٧ فقد ذكر أن في المذهب وجها : أنهما لو شرعا في أمر آخـــــر
واعرضا عما يتعلق بالعقد فطال الفصل انقطع الخيار حكاه الرافعـــــي ،
والمذهب الأول . أهـ .
وهو قول الحنابلة : شـرح المنتهى جـ٢ ص ١٦٧ و ص ١٦٨ ، كشاف القنـاع
جـ٣ ص ١٨٨ المغني جـ٣ ص ٤٨٢ .
وبه يقول ابن حزم : المحلى جـ٩ ص ٢٩٥ .

وقال أبو حنيفة : لا يثبت [٢] .

لنا : ماروى ابن عمر [٣] أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : (المتبايعان كل واحد منهما بالخيار مالم يتفرقا ، الا بيع الخيار) [٤] .

---

(٢) أى فيلزمهما العقد بمجرد صدور الايجاب والقبول منهما ، فلا خيار لهما بعده وان بقيا فى المجلس .
أنظر الهداية جـ٥ ص ٤٦٤ . التبيين جـ٤ ص٣ . البدائع جـ٥ ص١٣٤ . مجمع الانهر جـ٢ ص٧ وبه يقول المالكية . المنتقى جـ٥ ص٥٥ . الفواكه الدوانى وبه يقول المالكية . المنتقى جـ٥ ص ٥٥ . الفواكه الدوانى جـ٢ ص ١٢٤ .
شرح المنح جـ٢ ص٦٠٩ : خيار التروى انما يكون بالشرط . فلا يثبت بدوام اجتماع المتبايعين . أهـ . وأنظر القوانين ص٣٠٠ حيث نص على بطلان خيار المجلس عندهم .
وخالفهم فى ذلك ، ابن حبيب من المالكية فقال بخيار المجلس ، البلغة جـ٢ص٤٦ شرح المنح جـ٢ ص ٦١٠ لكن المشهور فى المذهب نفى القول بخيار المجلس .
وقد نقل ابن يونس عن أشهب أن حديث البيعان بالخيار مالم يتفرقا : منسوخ . أنظر البلغة جـ٢ ص ٤٦ .

(٣) هو عبد الله بن عمر بن الخطاب . كان اماما متينا فى دينه ، ذكر للخلافة يوم التحكيم بعد استشهاد أبيه عمر ، قال فيه عبد الله بن مسعود : ان من أملك شباب قريش لنفسه عن الدنيا عبد الله بن عمر ، وكان اذا فاتته صلاة العشاء فى جماعة احيا ليلته . أنظر الحلية جـ٢ ص ٢٩٢ .
وقد توفى سنة أربع وسبعين . أنظر الخلاصة ص ٢٠٧ .

(٤) رواه مسلم جـ٣ ص ١١٦٣ باب ثبوت خيار المجلس للمتبايعين . رقم/ ٤٣ .
والبخارى جـ٢ ص ١٢ باب البيعان بالخيار مالم يتفرقا .
أبو داود جـ٣ ص ٢٧٢ باب فى خيار المتبايعين . رقم/ ٣٤٥٤ .
والترمذى جـ٣ ص ٥٤٧ باب ماجاء فى البيعين بالخيار مالم يتفرقا . رقم/ ١٢٤٥
ولفظه عن ابن عمر مرفوعا : البيعان بالخيار مالم يتفرقا أو يختارا . أهـ .
ثم قال الترمذى فى ص ٥٤٨ : حديث ابن عمر حديث حسن صحيح . أهـ .
ورواه النسائى جـ٧ ص ٢٤٨ تحت عنوان : ذكر الاختلاف على نافع فى لفظ حديثه . =

فان قيل : البيعان[٥] : المتشاغلان بالبيع، كما أن المتواكلين : هما المتشاغلان[٦] بالأكل وعندنا يثبت الخيار لهما مالم يتفرغا ،فأما بعد الفراغ ،فليسا متبايعين ، وانما كانا متبايعين ، كما كانا فى الأكل متواكلين[٧] .

قيـــل : البيع هو الايجاب والقبول ، فما لم يوجدا[٨] لا يقال لهما متبايعان كما لا يقال : متواكلان[٩] ومتضاربان قبل وجود[١٠] الأكل والضرب منهما جميعا ،غير أن[١١] الأكـــل فعل يطول ويدوم فيوجد حقيقة التواكل[١٢] قبل الفراغ،فجعل الاسم حقيقة فى حـــال الاشتغال[١٣] مجازا فيما بعد ، والبيع لا يطول ، فلا يوجد حقيقة البيع الا بعـــد الفراغ ،فجعل الاسم[١٤] حقيقة بعد الفراغ ، مجازا فى حال الاشـــــتغال ،

= وابن ماجه جـ٢ ص ٧٣٦ باب البيعان بالخيار مالم يتفرقا رقم/ ٢١٨٢و / ٢١٨٣ بنحو حديث ابن عمر المذكور عن أبى برزة الأسلمى وعن الحسن عن سمرة مرفوعا ولفظه : البيعان بالخيار مالم يتفرقا . أهـ .

(٥) فى نسخة ((ب)) : المتبايعان . / أى لفظ البيعين يطلق على المتشاغلين بالبيع.

(٦) سقط قوله (بالاكل) من الاصل .

وقوله الآتى (مالم يتفرغا) انما هو فى الأصل ونسخة ((ب)) : مالم يتفرقا . / وهو تحريف.

(٧) فى نسخة ((ب)) : متآكلين .

(٨) سقطة ألف التثنية من نسخة ((ب)) .

(٩) فى نسخة ((ب)) : متآكلان .

(١٠) فى نسخة ((ب)) : وجوب . / وهو تحريف.

(١١) فى نسخة ((ب)) : ولأن الأكل .

(١٢) فى نسخة ((ب)) : التآكل .

(١٣) فى نسخة ((ب)) : فجعل الاسم حقيقة قبل الفراغ .

(١٤) ومراده بالحقيقة هنا الحقيقة الشرعية لا اللغوية .لأن البيع يتم شرعا بالايجاب والقبول واما فى اللغة فلا يقال متبايعان حقيقة الا أثناء البيع فاذا تم فلا يقال متبايعان الا على سبيل المجاز.

وفى نسخة ((ب)) : فجعل الاسم حقيقة فى حال الانعقاد مجازا فى حـــال الانشغال كالسرقة .

كالسرقة،(١٥) ولهذا روى أن ابن عمر كان اذا اشترى شيئا مشى أذرعا ليجب البيع ، ثم يرجع(١٦) ، وقال أبو الوضى(١٧) : أن رجلا باع فرسا له بغلام ثم بات معنا ، فلما

---

(١٥) حيث يجعل هذا الوصف حقيقة شرعية بعد الفراغ حيث يجب القطع ، مجازا حال الاشتغال بها .
بجامع عدم طول الفعل فى كل من الأصل وهو السرقة ، والفرع وهو البيع .
ولما كان حكم الأصل جعل الاسم فيه حقيقة بعد الفراغ مجازا حال الاشتغال كان حكم الفرع كذلك فيكون البيع حقيقة بعد الفراغ مجازا حال الاشتغال أيضا لذلك .

(١٦) رواه البخارى جـ٢ ص١٢ باب كم يجوز الخيار . قال نافع: وكان ابن عمر اذا اشترى شيئا يعجبه فارق صاحبه . أهـ .
ورواه مسلم جـ٣ ص١١٦٤ باب ثبوت خيار المجلس للمتبايعين . رقم / ٤٥ ولفظه : زاد ابن أبى عمر فى روايته : قال نافع : فكان اذا بايع رجلا فأراد أن لا يقيله قام فمشى هنية ثم رجع اليه . أهـ .
ورواه الترمذى جـ٣ ص٥٤٨ باب ما جاء فى البيعين بالخيار مالم يتفرقا تحت حديث رقم / ١٢٤٥ ولفظه : وروى عنه أنه كان اذا أراد أن يوجب البيع مشى ليجب له . أهـ .
ورواه النسائى جـ٧ ص٢٥٠ تحت عنوان ذكر الاختلاف على نافع فى لفظ حديثه .
ولفظه : قال نافع: فكان عبد الله اذا اشترى شيئا يعجبه فارق صاحبه . أهـ
لكن قال ابن حجر: لم يبلغ ابن عمر النهى المذكور . أهـ التلخيص جـ٣ص٢٠ .
ويعنى بالنهى المذكور ما فى رواية أبى داود عن عمرو بن العاص مرفوعا : البيعان بالخيار مالم يفترقا الا أن تكون صفقة خيار ولا يحل له أن يفارق صاحبه خشية أن يستقيله . أهـ أبو داود جـ٣ ص٢٧٣ باب فى خيار المتبايعين رقم / ٣٤٥٦ وسكت عنه .

(١٧) هو عباد بن نسيب بضم النون وفتح المهملة ، مصغر ، القيسى ، وأبو الوضى ، بالضاد المعجمة . وثقه ابن معين ، روى عن على وأبى برزة ، وروى عنه يزيد ابن أبى صالح وبديل بن ميسرة ، روى له أبو داود وابن ماجه والترمذى فى مسند على . أنظر الخلاصة ص١٨٧ .

فلما أصبحا قام البائع فأسرج الفرس، فقال له المشتري : أليس قد بايعتني فأتيا أبا برزة [١٨] فقال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : المتبايعان بالخيار مالم يتفرقا ولا اراكما تفرقتما [١٩].

فان قيل : نحمل المتبايعين على المتساومين ، ونقول : لهما الخيار مالم يتفرقا ، أى مالم يعقدا [٢٠] فان التفرق يستعمل في القول [٢١]، ولهذا قال الله تعالى [٢٢]: (وما تفرق الذين أوتوا الكتاب الا [٢٣]) .

قيل : لا يقال للمتساومين متبايعان ، ولهذا لو حلف على البيع فساوم [٢٤]

---

(١٨) هو نضله بن عبيد بن الحارث الأسلمي، صحابي ، غلبت عليه كنيته ، أبو برزة واختلف في اسمه .
كان من سكان المدينة ثم البصرة ، شهد مع علي قتال أهل النهروان ، ثم قتال الازارقة مع المهلب بن أبي صفرة ، ومات بخراسان سنة ٦٥هـ له ستة وأربعون حديثا . أنظر الاعلام جـ٨ ص ٣٣ .

(١٩) رواه أبو داود جـ٣ ص ٢٧٣ باب في خيار المتبايعين رقم / ٣٤٥٧ قال المنذري : رجال اسناده ثقات. أهـ مختصر سنن أبي داود جـ٥ ص ٩٦ رقم الحديث / ٣٣١٢ .
ورواه ابن ماجه جـ٢ ص ٧٣٦ مختصرا بدون ذكر القصة . باب البيعان بالخيار مالم يفترقا رقم الحديث / ٢١٨٢ .
ورواه الترمذي جـ٣ ص٥٤٩ باب ماجاء في البيعين بالخيار مالم يتفرقا . وقد ذكره بغير اسناد عند الكلام على الحديث رقم / ١٢٤٦ .

(٢٠) لكن حمله على هذا المعنى يخرج الحديث عن الفائدة اذ هما بالخيار في هذه الحالة قطعا .
والتساوم من السوم وهو طلب البيع. وقد تقدم في المسألة رقم (٢) هامش/ ٤ .

(٢١) في نسخة ((ب)) : في القبول ./ وهو تحريف .

(٢٢) في نسخة ((ب)) : ولهذا قال تبارك وتعالى .

(٢٣) سورة البينة آية/ ٤ (وما تفرق الذين أوتوا الكتاب الا من بعد ماجاءتهم البينة) الآية .
وجه الدلالة : ورود التفرق في الآية هنا بمعنى التفرق في الاعتقادات والأقوال .

(٢٤) سقط قوله (فساوم) من نسخة ((ب)) .

لم يحنث ، ولأن التفرق حقيقة في تفرق الأبدان ، وان استعمل في القول فانما هو (٢٥) مجاز ، ثم يستعمل في موضع يوجد تباين (٢٦)، (٢٧) فيشبه ذلك بتفرق الابدان ، فأما العقد فهو موافقة ، فلا يسمى تفرقا . ولأنه روى : اذا تبايع الرجلان فكل واحد منهما بالخيار مالم يتفرقا وكانا جميعا ، أو يخير أحدهما الآخر فيتبايعان على ذلك ، فقد وجب البيع ، وان تفرقا بعد أن تبايعا (٢٨) ولم يترك واحد منهما البيع (٢٩) فقد وجب البيع)، (٣٠) فدل على أنه أراد : تفرقا بعد العقد ، ولأن عبدالله ابن عمرو (٣١) روى أن النبي صلى الله عليه (وسلم) قال : (أيما رجل ابتاع

---

(٢٥) أي والأصل حمل الكلام على الحقيقة الا أن يكون مانع فيحمل على المجاز ولا مانع هاهنا .

(٢٦) في نسخة ((ب)) : ويستعمل . / أي ثم يستعمل المعنى المجازي وهو التفرق بالأقوال .

(٢٧) أي يوجد فيه تباين ، أي اختلاف وافتراق . وذلك لتتم به العلاقة بين الحقيقة وهي التفرق بالابدان ، والمجاز وهو التفرق بالأقوال .
وحمل التفرق على التفرق بالقول انما يتأتى في غير العقد ، اذا كان في الأقوال اختلاف ، فيقال : افترق فلان وفلان ، أي تخالفا في آرائهما . لوجود العلاقة بين الحقيقة والمجاز هنا وهي التباين والاختلاف فيهما .
وأما في العقد ، فلا يمكن حمل التفرق فيه على التفرق بالاقوال ، لعدم وجود العلاقة بين الحقيقة والمجاز فيه . لأن العقد ائتلاف وموافقة ، والافتراق تباين واختلاف. فتعين أن يحمل التفرق في الحديث على الأبدان فقط دون الأقوال والله أعلم .

(٢٨) في الأصل : بعد أن يتبايعا .

(٢٩) سقط لفظ (البيع) من نسخة ((ب)) .

(٣٠) رواه البخاري جـ٢ ص١٢ باب اذا خير أحدهما صاحبه بعد البيع فقد وجب البيع .
ومسلم جـ٣ ص١١٦٣ باب ثبوت خيار المجلس للمتبايعين ، رقم الحديث / ٤٤ .
وابن ماجه جـ٢ ص ٧٣٥ باب البيعان بالخيار مالم يفترقا . رقم / ٢١٨١ .

(٣١) هو عبدالله بن عمرو بن العاصي بن وائل السهمي ، كان قويا متواضعا ، عابدا كريما ، مفارقا للجدل ، يكثر من قراءة القرآن والصيام ، حتى أن النبي صلى الله عليه وسلم طلب منه الاعتدال في ذلك لئلا يطول عليه الزمان فيمله . أنظر الحلية جـ٢ ص٢٨٣ .

من رجل بيعا ، فكان كل واحد منهما بالخيار حتى يتفرقا عن مكانهما ، الا أن يكون بيع صفقة خيار ، ولا يحل لأحد هما[(٣٢)] أن يفارق صاحبه مخافة أن يقيله)[(٣٣)] ولأنا روينا أنه قال : الا بيع الخيار.[(٣٤)] والمراد به البيع الذى قطع فيه الخيار بالتخاير،[(٣٥)]

---

(٣٢) فى الأصل : ولا يحل لأحد ./ بصيغة المفرد .

(٣٣) رواه البيهقى بلفظه جـ٥ ص ٢٧١ باب المتبايعان بالخيار مالم يتفرقا الا بيع الخيار.

ولم يتعقبه صاحب الجواهر النقى . وهو من رواية عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده .

ورواه الترمذى جـ٣ ص٥٥٠ باب ماجاء فى البيعين بالخيار مالم يتفرقا لكن لم يذكر تفرقهما عن المكان ولفظه : البيعان بالخيار مالم يتفرقا الا أن تكون صفقة خيار ولا يحل له أن يفارق صاحبه خشية أن يستقيله .أهـ

ثم قال : هذا حديث حسن .أهـ رقم الحديث /١٢٤٧

ورواه أبو داود جـ٣ ص ٢٧٣ باب فى خيار المتبايعين .رقم/٣٤٥٦ وسكت عنه .

(٣٤) رواه البخارى جـ٢ ص١٢ باب البيعان بالخيار مالم يتفرقا عن ابن عمر مرفوعا ولفظه : المتبايعان كل واحد منهما بالخيار على صاحبه مالم يتفرقا الا بيع الخيار. أهـ

ورواه مسلم جـ٣ ص ١١٦٣ باب ثبوت خيار المجلس للمتبايعين .رقم/ ٤٣ . بلفظ البخارى .

وأبو داود جـ٣ ص ٢٧٢ باب فى خيار المتبايعين .رقم/ ٣٤٥٤ .

(٣٥) وفى معنى التخاير فى قوله : الا بيع الخيار ثلاثة آراء :

ـ أحدها : ان المراد التخيير بعد تمام العقد وقبل مفارقة المجلس، فيلزم البيع بنفس التخاير، ولا يدوم الى المفارقة .

ـ ثانيها : ان المراد : الا بيعا شرط فيه خيار الشرط ثلاثة أيام أو دونها ، فلا ينقضى الخيار فيه بالمفارقة ،بل يبقى حتى تنقضى المدة المشروطة.

ـ ثالثها : ان المراد به : الا بيعا شرط فيه قبل العقد أن لا خيار لهما فى المجلس، فيلزم بمجرد العقد ،ولا يكون لهما فيه خيار.

قال النووى : اتفق أصحابنا على ترجيح القول الأول ، وهو المنصوص للشافعى ـ أنظر الام جـ٣ ص٤ ـ ونقلوه عنه . وأبطل كثير من أصحابنا ماسواه ،وغلطوا =

لأن الاستثناء ضد المستثنى منه ، ولهذا قال فى لفظ آخر (٣٦) : أو يقول أحدهما لصاحبه أختر. (٣٧) ولهذا روى جابر أن النبى صلى الله عليه (وسلم) اشترى من أعرابى حمل خبط (٣٨) فلما وجب البيع . قال رسول الله (٣٩) : أختر. قال الأعرابى عمرك (٤٠) الله بائعا (٤١) .

= قائله . أهـ المجموع جـ٩ ص ٢١٠ .
ثم ذكر أن البيهقى والترمذى ممن ذهب من المحدثين الى المعنى الأول .

(٣٦) فى نسخة ((ب)) : فى لفظ الآخر.

(٣٧) سقط لفظ (اختر) من نسخة ((ب)) .
والحديث المذكور رواه البخارى جـ٢ ص ١٢ باب اذا لم يوقت فى الخيار هل يجوز البيع.
ولفظه : البيعان بالخيار مالم يتفرقا أو يقول أحدهما لصاحبه اختر .
أهـ عن ابن عمر.
ورواه أبو داود جـ٣ ص ٢٧٣ باب فى خيار المتبايعين رقم / ٣٤٥٥ .
ورواه النسائى جـ٧ ص ٢٤٩ تحت عنوان : ذكر الاختلاف على نافع فى لفظ حديثه .

(٣٨) الخبط بخاء معجمة مفتوحة فموحدة من تحت ساكنة : هو ورق الشجر الذى يسقط بخبطه بالعصا ليكون علفا للابل أو غيره . وهو فعل بمعنى مفعول .
أنظر المصباح جـ١ ص ١٧٥ وهو من باب ضرب . أنظر المختار ص ١٦٨ .

(٣٩) فى نسخة ((ب)) : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم .

(٤٠) أى أطال الله عمرك ، ففى المختار ص ٤٥٤ : عمره الله - بالتشديد - تعميرا طول عمره . أهـ

(٤١) رواه ابن ماجه جـ٢ ص ٧٣٦ باب بيع الخيار. رقم / ٢١٨٤ .
ورواه البيهقى جـ٥ ص ٢٧٠ باب المتبايعان بالخيار مالم يتفرقا الا بيع الخيار .
وزاد فى بعض طرقه أن ذلك كان قبل النبوة فروى عن طاوس عن أبيه قال : ابتاع النبى صلى الله عليه وسلم قبل النبوة من أعرابى بعيرا أو غير ذلك فلما وجب البيع قال له النبى صلى الله عليه وسلم : اختر . فنظر اليه الأعرابى فقال : عمرك الله من أنت ، قال فلما كان الاسلام جعل النبى صلى الله عليه وسلم الخيار بعد البيع. أهـ . =

والتخاير لا يكون على[٤٢] ماقالوا .

قالوا : تم البيع[٤٣] بالقول فيما شاهداه ، فلم يثبت فيه خيار من غير شرط، ولا نقص،[٤٤] كما لو تفرقا.[٤٥]

قلنا : قد يثبت قبل التفرق مالا يثبت بعده،[٤٦] كما قالوا فى خيار القبول ، والمخيرة

= وزاد فى رواية عنده أيضا فى ص. ٢٧ من رواية أبى الزبير عن جابر قال : اشترى النبى صلى الله عليه وسلم من أعرابى قال: حسبت أن أبا الزبير قال، من بنى عامر بن صعصعة حمل خبط فلما وجب قال له النبى صلى الله عليه وسلم أختر ، فقال له الأعرابى : ان - أى ما - رأيت كاليوم قط بيعا خيرا وافقه ، ممن أنت ، قال من قريش .أهـ .

قال فى النهاية جـ٣ ص ٢٩٨ : عمرك الله بيعا : أى اسأل الله تعميرك وأن يطيل عمرك . والعمر بالفتح العمر ولا يقال فى القسم الا بالفتح .أهـ .

(٤٢) فى نسخة ((ب)) : والتخاير لا يكون الا فيما لم يلزم . / والمراد أن معنى التخاير لا يتفق مع مذهبهم فى حمل لفظ المتبايعين على المتساومين ، فانه لا يقال هما بالخيار مالم يتخايرا ، لأن السوم ليس بيعا أصلا ، والتخاير انما يكون بعد تمام البيع بالايجاب والقبول .

(٤٣) فى نسخة ((ب)) : قالوا : تم القول بالبيع.

(٤٤) أى عيب فى المبيع.

(٤٥) حيث لا يثبت لهما الخيار من غير شرط أو نقص.

بجامع تمام البيع فى كل من الأصل وهو مالو تفرقا بعد البيع ،

والفرع وهو مالو تفرقا بالقول

ولما كان حكم الأصل عدم ثبوت الخيار فيه من غير شرط ، كان حكم الفرع كذلك فلا يثبت فيه الخيار من غير شرط ولا نقص أيضا لذلك .

(٤٦) أى أن بين الاصل والفرع فى قياسكم ماقبل التفرق على مابعده فارقا ، ولا قياس مع الفارق .

والمعتقة والشفعة (٤٧) ثم مابعد التفرق لا يصلح لقبض عوض الصرف والسلم (٤٨)، وماقبله يصلح لذلك (٤٩).

قالوا : عقد ، فلا يثبت فيه خيار المجلس ، كالنكاح والخلع والكتابة (٥٠).

قلنا : هذه العقود لا يقصد بها المال ، والبيع يقصد به المال (٥١) ويطلب به المغابنة (٥٢)، فثبت فيه الخيار لدفع الغبن ، ولهذا لم يثبت خيار الشرط

---

(٤٧) حيث يثبت للمشترى خيار القبول بعد الايجاب فى المجلس ، أنظر مجمع الأنهر جـ٢ ص ٦ .

وللمرأة خيار فسخ النكاح اذا قال لها : اختارى نفسك فى المجلس لا بعده : أنظر المجمع جـ١ ص ٤٠٨ ويثبت للمعتقة اذا كانت تحت عبد الخيار مادامت فى المجلس لا بعده . المجمع جـ١ ص ٣٦٦ .

وللشفيع حق الشفعة مادام فى المجلس الذى بلغه فيه خبر البيع لا بعده أنظر المجمع جـ٢ ص ٤٧٤ .

(٤٨) لان من شروط السلم والصرف تسليم العوض فى المجلس . أنظر المنهاج ص ٥٢ .

(٤٩) أى وهذا فارق آخر يتأكد به بطلان قياسهم المذكور .

(٥٠) حيث لا يثبت فيها خيار المجلس .

بجامع أن كلا عقد ، اما الأصل فالنكاح والخلع والكتابة ، واما الفرع فالبيع .

ولما كان حكم الأصل عدم ثبوت خيار المجلس فيه ، كان حكم الفرع كذلك فلا يثبت خيار المجلس فى البيع أيضا لذلك .

(٥١) سقط قوله (والبيع يقصد به المال) من نسخة ((ب)) .

(٥٢) مفاعلة من الغبن بفتح فسكون ، تقول : غبنه فى البيع يغبنه من باب ضرب ، وهو الخديعة والمغالبة والمناقصة فى الثمن ، أنظر المصباح جـ ٢ ص ٩٤ .

والمراد : أن قياسكم منقوض لوجود الفارق المذكور بين الأصل والفرع فيه .

في هذه العقود[٥٣]، ويثبت في البيع[٥٤] .

ولأن هذه العقود تقل ، ولا يدخل فيه الا بعد معرفة الحال ، والبيع يكثر ويتفق بغتة فلا يأمن الغبن فيه[٥٥] .

قالوا : خيار مجهول ،فلم يثبت من غير نقص[٥٦] ، كما لو قال : بعتك على أن لك الخيار متى شئت[٥٧] .

قلنا : ذاك[٥٨] يثبت بالشرط ، فأثرت الجهالة فيه ،كالاجل في السلم[٥٩]

---

(٥٣) وهي النكاح والخلع والكتابة .

(٥٤) سقط قوله (ويثبت في البيع) من نسخة ((ب)) .

(٥٥) وهذا فارق آخر يتأكد به بطلان قياسهم المذكور.

(٥٦) أي من غير عيب في المبيع.

(٥٧) حيث لا يصح ذلك العقد للجهل بمدة الخيار فيه .
بجامع مجهولية الخيار في كل من الأصل وهو قوله : بعتك على أن لك الخيار متى شئت ،والفرع وهو خيار المجلس.
ولما كان حكم الأصل عدم ثبوت الخيار له من غير عيب في المبيع ، كان حكم الفرع كذلك فلا يثبت للمشتري الخيار وأن بقيا في المجلس اذا تم البيع أيضا لذلك .

(٥٨) اشارة الى قوله : بعتك على أن لك الخيار متى شئت.

(٥٩) حيث تؤثر فيه الجهالة بالاجل فيه .
والجامع في القياس المذكور هو أن كلا يثبت باشتراط المتبايعين ،أما الأصل فهو الأجل في السلم ، واما الفرع فهو بيع الخيار .
ولما كان حكم الأصل بطلانه بالجهالة في الأجل ، كان حكم الفرع كذلك فيبطل خيار المجلس بالجهالة في الأجل فيه أيضا لذلك .

وهذا يثبت (٦٠) بالشرع فجاز مع الجهالة (٦١)، كالأجل في الصرف في مدة المجلس. (٦٢)

قالوا : ولأنهما اذا تخايرا لزم البيع ،لأنهما رضيا بالعقد ، والرضا (٦٣) بالعقد موجود عند العقد ،فوجب أن يلزم. (٦٤)

قلنا : بعد العقد يثبت (٦٥) الخيار ، فأثر الرضا في

---

(٦٠) أي خيار المجلس ، أي فانه يثبت بحكم الشرع لا باشتراط المتبايعين .

(٦١) لأن الشرع لم يقيد المدة في المجلس بشئ ، فكانت الجهالة فيه مغتفرة .

(٦٢) حيث يصح العقد فيه وان لم يتقابضا مالم يتفرقا قبل القبض ، مع أن مدة المجلس فيه مجهولة .

بجامع الثبوت بالشرع في كل من الأصل وهو الأجل في مجلس العقد في الصرف ، والفرع وهو الخيار في مجلس البيع.

ولما كان حكم الأصل صحته مع الجهالة به ، كان حكم الفرع كذلك فيصح خيار المجلس مع الجهالة به أيضا لذلك .

والمراد أن بين الأصل والفرع في قياسهم فارقا ، فيبطل به قياسهم المذكور.

(٦٣) في الأصل (فالرضا بالعقد) . /وما أثبتناه من نسخة ((ب)) أولى .

(٦٤) أي أنهم يقيسون مابعد العقد ، على مابعد التخاير في لزوم العقد .

بجامع الرضا في كل من الأصل وهو مالو تخايرا بعد العقد ، والفرع وهو مابعد القبول .

ولما كان حكم الأصل لزوم العقد به ، كان حكم الفرع كذلك فيلزم العقد بالقبول فيه أيضا لذلك .

(٦٥) في نسخة ((ب)) : ثبت ./ أي بعد لزوم العقد يثبت الخيار للمتبايعين ، أي ماداما في المجلس.

اسقاطه ، (٦٦) كالشفيع اذا اسقط الشفعة بعد العقد ، (٦٧) وقبل العقد (٦٨) لم يثبت الخيار (٦٩) فلم يؤثر الرضا ، كالشفيع اذا اسقط (٧٠) الرضى قبل العقد . (٧١)

---

(٦٦) أى فاذا تم العقد ، ثم تراضيا على اسقاط خيارهما الثابت لهما بحكم الشرع ، لبقائهما فى المجلس ، فقد صح تراضيهما باسقاطه ولزمهما العقد وان بقيا فى مجلس البيع .

(٦٧) حيث يسقط به حقه فى الشفعة .

بجامع ثبوت الخيار بعد العقد فى كل من الأصل وهو الشفيع اذا اسقط الشفعة بعد العقد . والفرع وهو ما اذا اسقط المتبايعان الخيار بعد العقد فى المجلس .

ولما كان حكم الأصل سقوط الحق فيه بالاسقاط كان حكم الفرع كذلك فيسقط الخيار فى البيع بالتخاير أيضا لذلك .

(٦٨) أى قبل وجوده بالايجاب والقبول معا .

(٦٩) لأن العقد لم يلزم بعد ، فلا يصح أن يسقطا خيارهما ولما يعقدا بعد .

(٧٠) سقط لفظ (الرضا) من الأصل .

(٧١) حيث لا يسقط به حقه فى الشفعة .

بجامع عدم ثبوت الخيار فى كل من الأصل وهو ما اذا اسقط الشفيع الرضى قبل العقد والفرع وهو اسقاط الخيار قبل عقد البيع .

ولما كان حكم الأصل عدم سقوط حق الشفعة له به ، كان حكم الفرع كذلك فلا يسقط حق المتبايعين فى الخيار وان اسقطاه قبل العقد أيضا لذلك .

والمراد اثبات أن بين الأصل والفرع فى قياسهم ماقبل العقد على مابعده فارقا ، فيبطل به قياسهم المذكور .

* مسـألة (٥) : خيار الشرط لا يمنع انتقال الملك فى أحد الأقوال (١) ./ ١٢٩ش.

وقال أبو حنيفة : يمنع (٢) .

لنا : أنه بيع صحيح فنقل الملك ، كما لو لم يشترط الخيار (٣) . أو معـنى

---

(١) وفائدة هذا الخلاف : هو معرفة حكم زوائد المبيع كالثمرة والولد أثنـاء مدة الخيار .

والأقوال ثلاثة : أحدها : الملك للمشترى مطلقا لتمام البيع بالايجـاب .
الثاني : للبائع مطلقا لنفاذ تصرفه فيه مدة الخيار ، الثالث : وهـو الاظهر : ان كان الخيار للبائع فالخيار له وان للمشترى فله ، وان لهمـا فموقوف .

أنظر فتح العزيز جـ٨ ص ٣١٦ . المجموع جـ٩ ص ٢٠٠ . المنهاج ص ٤٧ وشرح المحلى عليه جـ٢ ص ١٩٥ .

وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى جـ٢ ص ١٧٠ . كشاف القناع جـ٣ ص١٩٣ وذكر فى المغنى عن أحمد قولا آخر أن الملك لا ينتقل حتى ينقضى الخيـار .
المغنى جـ٣ ص ٤٨٨ .

(٢) ومحله اذا كان الخيار للبائع. والا بان كان للمشترى خرج من ملك البائع ولا يدخل فى ملك المشترى عنده خلافا للصاحبين حيث قالا : يدخل فـى ملك المشترى .

الهداية جـ٥ ص ٥٠٣ . المبسوط جـ١٣ ص٤٩ . التبيين جـ٤ ص١٦ . مجمع الأنهر جـ٢ ص ٢٥ .

وعند المالكية: يمنع الانتقال سواء كان الخيار للبائع أو للمشترى أولهمـا .
أنظر : المنتقى جـ٥ ص ٥٨ . الشرح الصغير جـ٢ ص٥١ . القوانين ص ٣٠٠ .
واما ابن حزم فقد أنكر خيار الشرط أصلا . الا أن المبيع عنده فى خيـار المجلس فى ملك البائع حتى يفترقا لان البيع لم يتم قبله . أنظر المحلـى جـ٩ ص ٣٢٨ و ص٣٤٢ .

(٣) حيث ينتقل الملك به الى المشترى اذن .

بجامع صحة البيع وتمامه فى كل من الأصل وهو مالو لم يشترط الخيار والفرع وهو مالو اشترط الخيار .

=

يتأخر عن البيع فلم يقف الملك عليه كالقبض.(٤)

قالوا : لم يرض بخروج المبيع من ملكه فأشبه اذا أكره عليه.(٥)

قلنا : لا نسلم(٦) وانما لم يرض بلزوم العقد . ثم الاكراه يخالف شرط الخيار، ألا ترى أنه اذا اكره على الرده لم يزل ملكه ، واذا ارتد بنفسه واستمهل مدة للنظر(٧) زال ملكه.(٨)

= ولما كان حكم الأصل انتقال الملك به ،كان حكم الفرع كذلك فينتقل الملك وان اشترط الخيار أيضا لذلك .

(٤) حيث لا يقف ملك المشترى المبيع على قبضه .
بجامع أن كلا معنى يتأخر عن البيع ، اما الأصل فالقبض واما الفرع فشرط الخيار.
ولما كان حكم الأصل عدم توقف ملك المشترى عليه . كان حكم الفرع كذلك فلا يتوقف ملك المشترى عليه في البيع بشرط الخيار أيضا لذلك .

(٥) حيث لا يصح معه البيع ولا ينتقل به الملك .
بجامع انعدام الرضا بخروج المبيع من ملكه في كل من الأصل وهو ما اذا اكره على البيع والفرع وهو ما اذا شرط الخيار في البيع.
ولما كان حكم الاصل عدم انتقال المبيع عن ملكه ، كان حكم الفرع كذلك فلا ينتقل المبيع بشرط الخيار عن ملك البائع أيضا لذلك .

(٦) أى بأن البائع في شرط الخيار لم يرض بخروج المبيع من ملكه.

(٧) في نسخة ((ب)) : مدة النظر. / وفي استمهال المرتد قولان للشافعية قيل: يجب استتابته في الحال وقيل: يؤجل ثلاثة أيام ، وفي الاستتابة قولان أيضا قيل: تجب وقيل: تستحب . أنظر المنهاج ص ١٣١-١٣٢.

(٨) وفي زوال ملك المرتد أقوال: أظهرها: ان هلك مرتداً بان زواله بها وان - أسلم بان أنه لم يزل . أنظر المنهاج ص ١٣٢.
وهذا الاختلاف بين الاكراه وشرط الخيار يوجب بطلان قياسهم المذكور .

قالوا : لو كان ملكا للمشترى لنفذ تصرفه فيه ، ولم ينفذ تصرف البائـــع ، كالبيع البات.(٩)

قلنا : البائع يملك التصرف لأنه يملك الفسخ،(١٠) والمشترى لا يملك التصـرف لانه يبطل حق البائع من الفسخ ، فمنع كما منع الراهن من التصرف فى الرهـــن لانه يسقط حق المرتهن ثم هو ملك له(١١) وأيضا(١٢) فانـــه(١٣) لو أعتق أو وطـــئ أو وهب وترك البائع الخيار لصح هذا التصرف اجمع ، ولو رده(١٤) لسقط الحد(١٥) ، وألحق فيه الولد بالقيمة فدل(١٦) على انتقال الملك مع كون الخيار للبائع.

* مسألة (٦) : اذا باع عبدا من عبدين أو ثلاثة ، فالبيع باطل.(١) /١٢٩ش

---

(٩) هذه الكلمة غير واضحة فى الأصل لكن رسمها قريب مما اثبتناه ، واما فـى نسخة ((ب)) فرسمها هكذا : النتات. / والظاهر انها من البت الـذى هو القطع أى البيع الذى يسقط المتبايعان خيارهما فيه بالتخاير.
أى كبيع البت حيث ينتقل الملك فيه الى المشترى .
أى والحال أن المشترى لا يملك التصرف فيه ، والبائع يملك ذلك . فـدل على أن الملك لم ينتقل الى المشترى .

(١٠) أى فى مدة الخيار.

(١١) أى فبطل أن يكون المنع من التصرف فى المبيع علة فى عدم انتقاله ، لوجـود هذه العلة فى الراهن حيث يمنع من التصرف فى الرهن مع كونه ملكه قطعا .

(١٢) من قوله (وأيضا) الى آخر المسألة ، ساقط من الأصل .

(١٣) أى المشترى .

(١٤) أى لورد البائع المبيع فى زمن الخيار.

(١٥) أى عن المشترى اذا وطئ المبيعة .

(١٦) أى قيمة الولد الحادث من وطـئ المشترى للامة المبيعة فى مدة الخيار وانما استحق البائع عليه القيمة لأن المشترى فـوت عليه تلك الولد .

(١) لأن العلم بالمبيع شرط فى صحة البيع . أنظر المنهاج ص٤٥ . الوجيز جـ١ ص١٣٤ ونص فى المجموع جـ٩ ص٢٧٦ على أنه لا خلاف فى المذهـب على بطلان هذا البيع بهذه الصفة الا قولا قديما حكاه المتولى فيما اذا =

وقال أبو حنيفة : يصح.(٢)

لنا : أن المبيع(٣) مجهول ،فلم يصح بيعه ، كما لو باعه عبدا من أربعة أو باع عبدا من ثلاثة ولم يشترط الخيار.(٤)

= قال : بعتك أحد عبيدى أو عبيدى الثلاثة على أن تختار من بينهم فى ثلاثة أيام أو أقل صح العقد ، وهذا شاذ مردود لانه غرر. أهـ.

فتح العزيز جـ٨ ص ٣١٢.

وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى جـ٢ ص ١٤٨. كشاف القناع جـ٣ ص ١٥٦ . المحرر جـ١ ص ٢٩٤. وبه يقول المالكية : الشرح الصغير جـ٢ ص ٩ . الجواهر جـ٢ ص ٧ . شرح المنح جـ٢ ص ٤٨٦:

وشرط للمعقود عليه عدم جهل من العاقدين أو أحدهما بمثمون أو ثمن فلا يصح بيع شئ مجهول جملة أو تفصيلا . أهـ .

ولم يجز ابن حزم بيع العين المجهولة غير الموصوفة . أنظر المحلى جـ٩ ص ٢٨٠.

(٢) ومحل صحته ما اذا اشترط خيار التعيين بأن يشترى بعشرة على أن له الخيار فى أخذ أيهما شاء وهو بالخيار ثلاثة أيام . وهذا استحسان ،والقياس أن يفسد وفاقا لزفر.

أنظر الهداية جـ٥ ص ٥٢١ . التبيين جـ٤ ص ٢١، ٤٨. مجمع الانهر جـ٢ ص ٥٧.

(٣) فى نسخة ((ب)) : أن البيع . / وهو تحريف.

(٤) حيث لا يصح ذلك البيع أصلا لجهالة المبيع.

بجامع جهالة المبيع فى كل من الأصل وهو مالو باع عبدا من ثلاثة أو أربعة ولم يشترط الخيار. والفرع وهو مالو باع عبدا من اثنين .

ولما كان حكم الأصل بطلان البيع فيه ، كان حكم الفرع كذلك فيبطل بيع عبد من اثنين أيضا لذلك .

قالوا : الجهالة في عدة الثلاث (٥) معفو عنها في البيع (٦) ، ولهذا يصح البيع في عبد (٧) بشرط الخيار (٨) ، وان جهل مايسلم له من الثمن (٩) والمثمن (١٠) .

قلنـا : فيجب أن يجوز في عبد من أربعة بشرط الخيار (١١) ، ولأن تلك الجهالة (١٢)

---

(٥) في نسخة ((ب)) : الجهالة في مدة الثلاث لئلا يعين في البيع . / وفي الأصل (في مدة) وهو تحريف ، والصواب ما أثبتناه : في عدة . بالعين أي عدد العبيد الثلاث .

(٦) هذه الجملة ساقطة من نسخة ((ب)) ./ والمعنى أن الجهالة الكائنة في بيع عبد من ثلاث معفو عنها في البيع .

(٧) أي من ثلاثة .

(٨) أي للمشتري .

(٩) أي حيث كان البيع على ثمن في الذمة ، لا على ثمن معين ، كأن يقول : اشتريت عبدا من هؤلاء الثلاثة ، بهذه العشرة دنانير على أن لي الخيار في تعيين أحدها لا يقاع البيع عليه .

فان لم يعين العشرة : كأن يقول : بعشرة دنانير في ذمتك . صح العقد هنا .

(١٠) بوقوعه على عبد من ثلاثة لا على التعيين .

(١١) أي والحال انكم لا تقولون ذلك ، مع أن المعنى الذي اجزتم من أجله البيع في عبد من ثلاث موجود في الأربعة .

الا أن الحنفية يجيبون عن ذلك : بأن الحاجة تندفع بالثلاث ، لوجود الجيد والردئ والوسط فيها ، فلا حاجة الى الاربعة ، والرخصة انما تثبت على قدر الحاجة . أنظر التبيين جـ٤ ص ٢١ .

(١٢) أي المشروط فيها الخيار ، أي في شراء عبد من ثلاثة على أن لي خيار التعيين في أحدها .

تدعو الحاجة اليها لدفع الغبن (١٣)، ولا حاجة الى بيع عبد من عبدين (١٤).

قالوا : غرر (١٥) قليل تدعو اليه الحاجة ،فأشبه خيار الثلاث، (١٦) فان الرؤساء لا يحضرون السوق لاختيار المبيع، فيشترى الوكيل واحدا من ثلاثة ويختار الموكل مايريد .

---

(١٣) أى عن المشترى اذا وكل من يشترى له عبدا ، فقد يشترى الوكيل له عبدا بأكثر من ثمن مثله ،فجاز للوكيل أن يشترى له عبدا من ثلاثة، لانها تضم الأصناف الثلاثة : الجيد والوسط والردئ ،فيختار الموكل واحدا منها . دفعا لما يمكن أن يقع فيه الوكيل من الغبن بشراء الردئ منها بثمن الجيد أو الوسط.

(١٤) أى وحيث لا حاجة هنا ، لعدم وجود المعنى الذى جاز من أجله بيع عبد من ثلاثة عندكم وهو دفع الغبن ،فلا محل لاغتفار الجهالة فى بيع عبد من عبدين ، لأن بامكانه أن يعقد على كل واحد منهما عقدا بشرط الخيار ثم يجيزه فى احدهما ويفسخه فى الآخر.

أى والحال انكم اجزتموه فى الاثنين كما اجزتموه فى الثلاثة ،مع أن المعنى الذى اجزتموه فى الثلاث غير موجود فى الاثنين . فكان ماذهبتم اليه فى هذين العقدين غير صحيح .

(١٥) أى أن فى بيع عبد من ثلاثة مع خيار التعيين غرراً قليلاً.
الغرر هو ماكان له ظاهر يغر المشترى وباطن مجهول ،وقال الأزهرى بيع الغرر: ماكان على غير عهدة ولا ثقة،وتدخل فيه البيوع التى لا يحيط بكنهها المتبايعان من كل مجهول .أهـ النهاية جـ٣ ص ٣٥٥ .

(١٦) أى البيع بشرط الخيار ثلاثة أيام ، فهو يقيس مالم يرد به الشرع وهو بيع عبد من ثلاثة على ماورد به وهو خيار الثلاثة أيام .
بجامع قلة الغرر فى كل من الأصل وهو خيار الثلاث والفرع وهو شراء عبد من ثلاث بشرط الخيار.

قلنـــا : لا حاجة الى ذلك ، لأنه يمكنه أن يشترى ثلاثة فى ثلاثة عقـــود [17]، ويشترط الخيار فيختار منها ما يريد [18].

* مســـألة (٧) : اذا شرط [1] الخيار الى الليل انقطع الخيار بغـــروب الشمس [2]./١٣٠ى.

وقال أبو حنيفة : له [3] الخيار الى طلوع الفجر [4].

---

(١٧) أى بدلا من أن يشترى واحدا من ثلاثة أو اثنين فى عقد واحد ، فيقـــع العقد على مجهول .

(١٨) أى واذا صح أن له أن يشترى ثلاثة فى ثلاثة عقود ويشترط الخيـــار فقد بطل أن تكون ثمة حاجة فى تجويز بيع عبد من ثلاثة فى عقد واحـــد ، واذ لا حاجة فالجهالة مؤثرة اذن فوجب أن يبطل العقد بها .

(١) فى نسخة ((ب)) : اذا اشترط.

(٢) أى بلا خلاف فى المذهب . أنظر المجموع جـ٩ ص ١٧٩ . فتح العزيز جـ٨ ص ٣١٢ .
وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى جـ٢ ص ١٦٩ : ويسقط خيار شـــرط باول الغاية . . . . كما اذا شرط الى الغد فيسقط بطلوع فجره لأن الـــى لانتهاء الغاية فلا يدخل مابعدها فيما قبلها . أهـ .
كشاف القناع جـ٣ ص ١٩١ . وقد خرج فى المغنى جـ٣ ص ٥٠١ قـــولا للامام أحمد كقول أبى حنيفة . وقد ذكرهما عن الامام أحمد فى المحـــرر جـ١ ص ٢٦٣ .
لم أقف على قول المالكية فى هذه المسألة .
كما لم أقف على قول ابن حزم فيها أيضا .

(٣) فى نسخة ((ب)) : وقال أبو حنيفة : يثبت له الخيار الى طلوع الفجر.

(٤) وخالفه صاحباه فلم يدخلا الغاية فى المغيا ، أنظر المبسوط جـ١٣ ص٥٢ الدر المنتقى جـ٢ ص ٢٤ .

لنـا : هو أن " الى " لانتهاء الغاية[٥]، ولهذا لو قال : لفلان علـى من درهم الى عشرة ، أو امرأتي طالق من واحد الى ثلاثة ، لم يلزمه الدرهـم العاشر ولا الطلقة الثالثة ، واذا باعه بثمن الى شهر لم يدخل الشهر الثانـي في الأجل . فوجب أن لا يدخل الليل أيضا في الخيار[٦].

قالوا : " الى " يحتمل أن تكون بمعنى الغاية ، كقوله (ثم أتموا الصيام الى الليل[٧]) ويحتمل أن تكون بمعنى مع ، كقوله (وايديكم الى المرافـق[٨]) فلا يزال يقين[٩] ملك البائع بالاحتمال .

قلـنا : الا أنها في الغاية أظهر[١٠]، فيجب حمله على ظاهره[١١]، ثم يبطـل به اذا قال : ان لم أكلم زيدا الى الليل فعبدي حر، فانه يزول ملكه[١٢] بغـروب الشمس ، مع الاحتمال[١٣].

---

(٥) أي فلا يدخل المغيا فيها لأنه ليس منها . قال ابن يعيش: اعلم أن "الى" تدل على انتهاء الغاية كما دلت " من " على ابتدائها فهي نقيضتها .أهـ شرح المفصل جـ٨ ص١٤ .

(٦) في نسخة ((ب)) : في الاجل ./أي في أجل الخيار.

(٧) سورة البقرة آية/١٨٧ . / أي الى أول دخول الليل ، ودخوله يكون بغـروب الشمس.

(٨) سورة المائدة آية/٦ . / أي فيجب غسل المرافق مع الايدي أيضا .
والمقصود أن حرف " الى " من الحروف المجملة ولا يعمل بالاجمال حتى يكون بيان ، لان الاجمال احتمال الدليل لاكثر من معنى . والدليل اذا دخلـه الاحتمال بطل به الاستدلال .

(٩) سقط قوله (يقين) من نسخة ((ب)) .

(١٠) في نسخة ((ب)) : ظاهر.

(١١) لأن الظاهر يعين المراد عند الاحتمال بكثرة الاستعمال ، فيكون مـن القرائن المرجحة عند التعارض أو الاحتمال .

(١٢) أي عن العبد بالعتق .

(١٣) أي فليس الاحتمال مانعا من الحكم باحد الاحتمالين الواردين على حرف " الى " والاحتمال المقصود هنا هو احتمال دخول الليل في الغاية واحتمال عدم دخوله فيها ، ثم يعتق العبد مع هذا الاحتمال .

* مسألة (٨) : اذا اشترى عبدا بجارية وشرط[1] الخيار لاحدهما فاعتقهما من له الخيار ، لم ينفذ[2] العتق فيهما ، بل ينفذ فيما باع[3] في أحد القولين[4] وفيما اشترى[5] في الوجه الآخر[6] . / ١٣٠ ي

وقال أبو حنيفة : ينفذ فيهما[7] .

---

(١) في نسخة ((ب)) : فشرط.

(٢) في نسخة ((ب)) : لم ينعقد . / وهو تحريف.

(٣) أي على القول بأن الملك للبائع في مدة الخيار . فيكون قد أوقع العتق على ما يملكه .

(٤) في الأصل (في أحد الوجهين) والصواب أنهما قولان ، كما في نسخة ((ب)) .

(٥) أي على القول بأن الملك للمشتري في زمن الخيار ، فيكون قد أعتق ما يملك .
فتكون هذه المسألة مبنية على الملك في زمن الخيار فان قلنا: للبائع مطلقا نفذ عتقه فيما باع ، وان قلنا: للمشتري مطلقا نفذ عتقه فيما اشترى .

(٦) المجموع جـ٩ ص٢٠٤ . الوجيز جـ١ ص١٤٢ .
وبنفاذ عتق المشتري يقول الحنابلة .
أنظر : شرح المنتهى جـ٣ ص١٧١ . كشاف القناع جـ٣ ص١٩٧ . المغني جـ٣ ص٤٨٧ .
وبما أن المالكية يقولون ببقاء الملك للبائع زمن الخيار ، فانهم يكونون قائلين بالوجه الأول .
أنظر الشرح الصغير جـ٢ ص٥١ . الجواهر جـ٢ ص٣٧ . القوانين ص٣٠٠ .
واما ابن حزم فقد أنكر خيار الشرط أصلا للبائع أو للمشتري أولهما . أنظر المحلى جـ٩ ص٣٢٨ .

(٧) وجهة قوله هي أن الخيار يمنع نقل الملك ، فاذا كان الخيار للبائع فالملك له على البت فينتقل ملكه لرضاه بالبيع الى البائع فاذا اعتقهما البائع نفذ فيهما عتقه .
وان كان الخيار للمشتري واعتقهما نفذ في الثمن وهو العبد ويكون عتقه هذا فسخا للبيع ، وينفذ عتقه في المبيع أيضا لانتقال الملك اليه حيث لا خيار للبائع فيكون قد باع على البت ، فينفذ عتقه فيهما معا أيضا .
أنظر:

لنـا : انهما مملوكان لا يملك عتق أحدهما بعد الآخر (٨) ، فلا ينفذ عتقه فيهما ، كعبده (٩) وعبد غيره (١٠) . ولانه ازالة ملك ، فلا ينفذ فيهما ، كالبيع (١١) ، ولأن عتق أحدهما (١٢) يقتضي الفسخ (١٣) ، وعتق الآخر (١٤) يقتضي الامضاء (١٥) ،

---

(٨) لانه حيث حكم بملك المبيع لاحدهما حكم بملك الثمن للآخر وحيث وقف البيع وقف الملك .

(٩) في نسخة ((ب)) : فلا ينفذ عتقه فيهما ، كالبيع . / في العبارة سقط كما سيأتي في هامش (١١) .

(١٠) حيث لا يصح منه عتق عبد غيره .
بجامع عدم ملك عتق أحدهما بعد الآخر ، في كل من الاصل وهو عتق عبده وعبد غيره ، والفرع وهو مالو اشترى عبدا بجارية وشرط الخيار لاحدهما فاعتقهما .
ولما كان حكم الأصل عدم نفاذه في عبد الغير ، كان حكم الفرع كذلك فلا ينفذ عتقه في عبد الطرف الاخر أيضا لذلك .

(١١) سقط قوله (كعبده وعبد غيره ولانه ازالة ملك فلا ينفذ فيهما) من نسخة ((ب)) .
والجامع في القياس المذكور (كالبيع) هو ازالة الملك في كل من الاصل وهو بيع عبده وعبد غيره في زمن الخيار ، والفرع وهو مالو اشترى عبدا بجارية وشرط الخيار لاحدهما فاعتقهما من له الخيار .
ولما كان حكم الاصل هو عدم نفاذ البيع في العبدين معا ، كان حكم الفرع كذلك فلا ينفذ العتق في العبد والجارية أيضا لذلك .

(١٢) أي أحد العبدين .

(١٣) لان اعتاقه لعبده زمن الخيار ، دليل على اعراضه عن البيع ، ففسخ .

(١٤) أي العبد الاخر الذي هو ملك للطرف الثاني في البيع .

(١٥) لان تصرفه في عبد غيره زمن الخيار تصرفا يختص الملك ، دليل على أنه اختار امضاء البيع .

فغلب الفسخ[(١٦)] ، كما لو فسخ أحد هما وأجاز الآخر.[(١٧)]

قالوا : يملك[(١٨)] عتق كل واحد منهما ، فملك عتقهما[(١٩)] ، كعبد ين له.[(٢٠)]

قلنا : يبطل به اذا اشترى أحد العبد ين على أنه بالخيار.[(٢١)] ولأنه[(٢٢)] يملك الفسخ والاجازة ولا يملكهما[(٢٣)] ، ويملك بيع كل واحد منهما[(٢٤)] ولا يملك بيعهما[(٢٥)] .

---

(١٦) لان المشترى اذا أعتق الثمن وهو الجارية هنا . فقد فسخ البيع ، فليس له أن يعتق الآخر وهو العبد كما أنه اذا أعتق البائع المبيع وهو العبد فقد فسخ البيع فليس له عتق الجارية .

(١٧) حيث يغلب الفسخ اذن .

(١٨) أى من له الخيار.

(١٩) وذلك أنه اذا كان الخيار للبائع فملك المبيع له . فيملك عتقه ، وحيث لا خيار للمشترى فملك الثمن للبائع أيضا ، فالبائع اذن يملك عتق كل واحد منهما ، فملك عتقهما جميعا .
واذا كان الخيار للمشترى فملك الثمن له فملك عتقه . وحيث لا خيار للبائع فملك المبيع للمشترى أيضا لانتقاله اليه بالبيع ، فالمشترى اذن يملك عتق كل منهما فملك عتقهما جميعا أيضا .

(٢٠) حيث يملك عتق عبد يه .
بجامع ملكه عتق كل واحد منهما منفردا ، فى كل من الأصل وهو مالو كان له عبدان ، والفرع وهو مالو اشترى عبدا بجارية بشرط الخيار له .
ولما كان حكم الاصل صحة عتقهما منه معا ، كان حكم الفرع كذلك فللمشترى عتق العبد والجارية زمن الخيار أيضا لذلك .

(٢١) حيث يكون له عتق أحدهما ، ثم لا يجوز له عتقهما جميعا .

(٢٢) أى من له الخيار من المتعاقدين .

(٢٣) أى جميعا ، لما فى ذلك من تضارب الأحكام .

(٢٤) أى ولا يملك بيع الآخر.

(٢٥) أى جميعا ، وذلك لانه متى حكم بملك المبيع لأحد المتبايعين ، حكم بملك الثمن للآخر وهو انما يملك بيع ما يملك فقط.

* مسـألة (٩) : اذا باع الى الحصاد أو[1] يختار أربعة أيام، فسد العقد ولا تلحقه[2] الصحة . / ١٣٠ ى

---

(١) في الأصل (ويختار) بالواو . فسقط الهمزة ، والصواب اثباتها كما في نسخة ((ب)) .

(٢) المجموع جـ٩ ص ١٨١ : اذا شرطا في البيع خيارا أكثر من ثلاثة أيام فقد ذكرنا أن البيع باطل فلو اسقطا الزيادة بعد مفارقة المجلس وقبل انقضاء الثلاثة لا ينقلب العقد صحيحا عندنا بلا خلاف . أهـ.

وفي المنهاج ص ٤٧ : وانما يجوز - أي الخيار - في مدة معلومة لا تزيد عن ثلاثة أيام . أهـ قال القليوبي جـ٢ ص ١٩٣ : فان زاد عليها بطل العقد . أهـ .

وهو أصح القولين عند الحنابلة كما قال ابن قدامة ، المغني جـ٣ ص٥٠٢ : وهو اختيار القاضي وابن عقيل . أهـ .

الا أن المعتمد عند الحنابلة مافي الكشاف جـ٣ ص ١٩١ : أو شرطاه - أي الخيار - الى الحصاد أو الجذاذ ونحوه فيلغو الشرط ويصح البيع مع فساد الشرط . أهـ

ويصح عند الحنابلة شرط الخيار لأكثر من ثلاثة أيام . أنظر شرح المنتهى جـ٢ ص ١٦٨ كشاف القناع جـ٣ ص ١٩٠ .

واما المالكية فيذهبون في تحديد مدة الخيارة الى مراعاة المبيع فمنه ما تكون مدة الخيار فيه شهرا كالعقار و الارض ومنه اسبوعا كالرقيق ، ومنه ثلاثة أيام كالدواب والثياب ومنه ساعة كالفواكه ، فان زاد في المدة على ما هو أمد خيارها فسد العقد ، ثم لا تلحقه الصحة . أنظر القوانين ص ٢٩٩ . الجواهر جـ٢ ص٣٥ . الشرح الصغير جـ٢ ص٤٨ والبلغة عليه . المنتقى جـ٥ ص٥٧ .

واما ابن حزم فلا يجيز خيار الشرط أصلا لا ثلاثة أيام ولا أكثر ولا أقل . أنظر المحلى جـ٩ ص ٣٢٨ .

وقال أبو حنيفة : البيع فاسد فان اسقط ذلك (٣) ، صح العقد (٤) .

وقال بعض الخراسانيين : العقد موقوف (٥) .

لنا : أنه شرط لا يصح الوفاء به ، (٦) فأفسد البيـــــــع ،

---

(٣) أي اختيار الأربعة أيام بأن جعلها ثلاثة . وقد أجاز الصاحبان الزيادة على الثلاثة . أنظر الهداية جـ٥ ص ٤٩٩ .

(٤) خلافا لزفر . أنظر الهداية جـ٥ ص ٥٠٠ . تبيين جـ٤ ص١٥ . المبسوط : جـ٣ ص ٦٢-٦٣ .

وهو قول عند المالكية ، شرح المنح جـ٢ ص ٦١٣ و ص٦١٤ ذكره عن المازرى .

(٥) الكفاية على الهداية جـ٥ ص٥٠١ . المبسوط جـ١٣ ص٦٢ . تبيين جـ٤ ص ١٥ .

(٦) لان الشرع انما ورد بجواز الخيار ثلاثة أيام فقط ، فالزيادة عليه باطل فاشتراطها في العقد يبطله لأن الشرع انما أجاز خيار الثلاث لمحل الحاجة اليه ولا حاجة في الزيادة عليها ، والدليل على الوصف ما رواه محمد بن يحيى بن حبان قال : كان جدى منقذ بن عمرو وكان رجلا قد أصيب في رأسه آمة فكسرت لسانــه ، ونقصت عقله وكان يغبن في البيوع وكان لا يدع التجارة فشكا ذلك الـــى النبي صلى الله عليه وسلم فقال : اذا انت بعت فقل لا خلابة ثم أنت في كل بيع تبتاعه بالخيار ثلاث ليال ان رضيت فأمسك وان سخطت فرد . أهـ

ورواه البيهقي جـ٥ ص٢٧٣ باب الدليل على أن لا يجوز شرط الخيار فـــي البيع أكثر من ثلاثة أيام . قال النووى : هذا الحديث حسن . رواه البيهقـــي بهذا اللفظ باسناد حسن وكذلك رواه ابن ماجه - جـ٢ ص ٧٨٩ باب الحجر على من يفسد ماله رقم / ٢٣٥٥ - باسناد حسن . وكذا رواه البخارى فـــي تاريخه في ترجمة منقذ بن عمرو - باسناد صحيح الى محمد بن اسحـــاق ، ومحمد بن اسحاق المذكور في اسناده هو صاحب المغازى والاكثرون وثقوه وانما عابوا عليه التدليس وقد قال في روايته حدثني نافع ، والمدلس اذا قال : حدثني أو أخبرني أو سمعت ونحوها من الألفاظ المصرحة بالسماع احتج به عنـــد الجماهير وهو مذهب البخارى ومسلم وسائر المحدثين . أهـ المجموع جـ٩ ص١٧٧ .

وروى البيهقي أيضا جـ٥ ص٢٧٤ في نفس الباب عن نافع عن ابن عمر مرفوعـــا : الخيار ثلاثة أيام ، قال الشيخ - أي البيهقي - وهذا مختصر من حديث ابـــن اسحاق - أي المتقدم - . أهـ .

كما لو باع[٧] بشرط أن لا يسلم[٨] ، ولأنه لو هلك المبيع ضمنه[٩] بالقيمة[١٠] ، فدل على أنه فاسد[١١] ، وكل بيع فسد لمعنى[١٢] ، لم يصح باسقاطه ، كما لو باع درهما بدرهمين[١٣] ، أو باع بثمن الى قدوم زيد[١٤] ، ولأنه عقد أفسده شرط المدة[١٥] ، فلا يلحقه

---

(٧) فى نسخة ((ب)) : كما لو باعه . واحد

(٨) أى لا يسلم المبيع حيث يبطل البيع ولا تلحقه الصحة / اسقط ذلك الشرط.
والجامع فى القياس المذكور هو أنه شرط لا يصح الوفاء به فى كل من الأصل وهو مالو باعه بشرط أن لا يسلمه المبيع ، والفرع وهو مالو اشترط الخيار أربعة أيام .
ولما كان حكم الاصل بطلان البيع وعدم صحته وان اسقط الشرط ، كان حكم الفرع كذلك فلا يصح وان اسقط الشرط أيضا لذلك .

(٩) أى المشترى ، أى اذا هلك المبيع فى مدة الخيار وكان فى يده .

(١٠) أى وليس بالثمن ، لأنه ضمان يد فيضمن بالبدل بالمثل أو بالقيمة ، لا ضمان عقد حتى يضمن بالمقابل وهو الثمن .

(١١) اذ لو لم يكن العقد فاسدا لوجب تسليم الثمن لانه هو المتفق عليه واذ قد تلف المبيع فقد تعذر اداء الثمن فوجبت القيمة .

(١٢) فى نسخة ((ب)) : بمعنى .

(١٣) حيث يبطل ذلك العقد للمفاضلة الربوية فيه فلا يصححه اسقاط سبب الفساد وهو المفاضلة ، بل يبطل ثم ينشآن عقدا جديدا بدون تلك المفاضلة .

(١٤) حيث يبطل هذا العقد أيضا لتعلق تمامه بمجهول وهو زمن قدوم زيد ،
والجامع فى القياسين المذكورين هو أنه بيع فسد لمعنى فى ذات العقد ، فى كل من الأصل وهو مالو باع درهما بدرهمين أو باع بثمن الى قدوم زيد والفرع وهو مالو باع الى الحصاد ويختار أربعة أيام .
ولما كان حكم الأصل عدم صحته باسقاط الشرط فيه ، كان حكم الفرع كذلك فلا يصح وان اسقطا الشرط فيه أيضا لذلك .

(١٥) وهى الزيادة على ثلاثة أيام ، والجهالة فى جعل المدة الى الحصاد ، لما فى ذلك من الجهالة .

باسقاطها الصحة،(١٦) كنكاح المتعة ،(١٧) ولانه لو أمكن اسقاطه ،لسقط بنفسه ، كما قلنا فيمن تزوج حرة، وأمة ،(١٨) أو تزوج على صداق باطل ،(١٩) وكما قلنا في الهدنة على أكثر من عشر سنين .(٢٠)

قالوا : خيار يمنع الملك ،(٢١) فجاز اسقاطه،(٢٢) كخيار الثلاث .(٢٣)

---

(١٦) لأنه انعقد فاسدا فلا ينقلب صحيحا ،بل لا بد من استئنافه بعقد جديد .

(١٧) حيث لا ينقلب صحيحا وان اسقطا شرط المدة منه .
بجامع أنه عقد أفسده شرط المدة في كل من الأصل وهو نكاح لمتعة والفرع وهو البيع الى الحصاد أو شرط الخيار الى أربعة أيام .

(١٨) حيث يبطل عقده على الأمة ويصح على الحرة لأن عقده على الأمة لا يصح الا بشرط انعدام القدرة على التزوج من الحرة . أنظر الوجيز جـ٢ص١٢ .

(١٩) حيث يبطل ذلك الصداق بنفسه ويجب عليه مهر المثل ،أنظر المنهاج ، ص ١٠٢ .

(٢٠) حيث تسقط الزيادة عليها بنفسها وتلغى من العقد . في أظهر القولين والثاني: أنها تلغى هي والعقد أيضا ، كالقولين في تفريق الصفقة . ومحل جواز الهدنة لعشر سنين هو ما اذا كان بالمسلمين ضعف ، والا بان كانوا أقوياء فأربعة أشهر فقط، أنظر شرح المحلي جـ٤ ص ٢٣٧ .

(٢١) لأن خيار البائع يمنع خروج المبيع عن ملكه الى المشتري .أنظر الهداية جـ٥ ص ٥٠٣ .

(٢٢) لانه لا زال في ملك البائع فله حق التصرف بالغاء ما يفسد العقد .

(٢٣) حيث يملك اسقاط خيار الثلاثة أيام ،اذا اشترطه في العقد .
بجامع أن كلا خيار يمنع الملك ، اما الأصل فهو خيار الثلاث واما الفرع فهو خيار أربعة أيام .
ولما كان حكم الأصل جواز اسقاطه ، كان حكم الفرع كذلك فيجوز اسقاط الشرط الفاسد أيضا لذلك .

قلـنا : خيار الثلاث لا يمنع الملك (٢٤)، ثم هو خيار (٢٥) جائز (٢٦) فملك اسقاطـــه ، كالثمن الصحيح (٢٧)، وهذا (٢٨) خيار باطل (٢٩)، فهو كالثمن الحرام (٣٠)، أو ذاك حق له (٣١)، فملك التصرف فيه ، وهذا ليس بحق له (٣٢).

---

(٢٤) أى كما هو أحد الأقوال الثلاثة عند الشافعية . أنظر المنهاج ص٤٧ .

(٢٥) أى خيار الثلاث.

(٢٦) لورود الشرع به كما سبق أن ذكرنا فى هامش رقم (٦) من هذه المسألة.

(٢٧) حيث يملك اسقاطه عن المشترى.

بجامع الاباحة فى كل من الأصل وهو الثمن الصحيح ، احترازاً عـــن الفاسد ، والفرع وهو خيار الثلاث ، ولما كان حكم الأصل هو جـــواز اسقاط الثمن الصحيح كان حكم الفرع كذلك فيجوز اسقاط خيار الثـــلاث أيضا لذلك .

(٢٨) أى خيار الأربعة أيام أو الى الحصاد .

(٢٩) لعدم ورود الشرع به ولما فيه من الغرر.

(٣٠) حيث يبطل العقد ، ثم لا يصح باسقاطه واستبداله بالثمن الحلال .

بجامع أنه باطل فى كل من الأصل وهو الثمن الحرام والفرع وهو خيـــار الأربعة أيام .

ولما كان حكم الأصل عدم صحة العقد باسقاطه ، كان حكم الفرع كذلـــك فلا يصح العقد وان اسقط الشرط الفاسد أيضا لذلك .

(٣١) أى خيار الثلاث حق للعاقد ، اجازه له الشرع .

(٣٢) أى خيار الأربعة أيام ، ليس بحق له لعدم ورود الشرع به ، فلا يملـــك التصرف فيه باسقاطه ، بل يعود على العقد بالبطلان .

والمقصود اثبات الفارق فى قياسهم خيار الأربعة أيام على خيار الثـــلاث والقياس مع الفارق باطل .

قالوا : اذا جاز أن ينعقد غير منبرم (٣٣) ثم ينبرم (٣٤) وينعقد غير فاسد ثم يفسد (٣٥) ، جاز أن ينعقد غير صحيح ، ثم يصح (٣٦) .

قلنا : غير المنبرم صحيح ، الا أنه ضعيف ، فجاز أن يقوى (٣٧) ، والصحيح موجود فجاز ان يبطل كالصرف في المجلس، قبل القبض (٣٨) ، والفاسد غير موجود ، فلا يصح حتى يبتدأ (٣٩) كالصرف اذا تفرقا فيه قبل القبض (٤٠) .

* مسألة (١٠) : يجوز لمن له الخيار فسخ البيع من غير حضور صاحبه (١) . / ١٣٠ ش

---

(٣٣) من أبرم الشئ اذا احكمه . أنظر المختار ص ٥٠ .
والمعنى أنه اذا جاز له أن يعقد البيع غير منبرم وذلك باشتراط الخيار فيه .

(٣٤) في نسخة ((ب)) : ثم يبرم . / أي ثم ينبرم بامضاء البيع واسقاط الخيار أو بمضى مدة الخيار فيه .

(٣٥) بأن يعقد على البت ثم يشترط الخيار بعده .

(٣٦) لعدم الفرق بين هذه الصور جميعها .

(٣٧) أي يلزم ، وذلك باسقاط الخيار منه .

(٣٨) أي والتفرق قبل القبض ، حيث يبطل به ، مع أنه انعقد صحيحا في المجلس .

(٣٩) أي يستأنف بعقد جديد .

(٤٠) حيث يبطل ، ثم لا يصح وان تقابضا بعد ذلك .
أي وهذا فارق بين الأصل والفرع فيبطل به قياسهم المذكور .

(١) بلا خلاف في المذهب .
أنظر : المجموع جـ٩ ص ١٨٨ . الوجيز جـ١ ص ١٤١ .
وهو قول الحنابلة أيضا .
أنظر : شرح المنتهى جـ٢ ص ١٧٠ . كشاف القناع جـ٣ ص ١٩٣ . المغني جـ٣ ص ٥٠٣ .
واليه ذهب المالكية أيضا .
أنظر : القوانين ص ٢٩٩ . الشرح الكبير جـ٣ ص ٩٩ . الجواهر جـ٢ ص ٣٦ .

وقال أبو حنيفة : لا يجوز في خيار الشرط الا بمحضر من صاحبه ، وفي الرد بالعيب لا يجوز قبل القبض الا بمحضره ، ولا يجوز بعده الا برضاه ، أو قضاء القاضي .[٢]

لنا : أن من لا يعتبر رضاه في قطع عقد[٣]، لم يعتبر حضوره[٤]، كالمرأة في الطلاق ، والموصى له في الوصية[٥]، ولا يلزم المرأة في اللعان[٦]، لأنه لا يعتبر حضورها ، ولا الحاكم في اللعان[٧] لأنه يعتبر رضاه ، ولانه تصرف استبقى فيه لنفسه حق الرجوع ، فلم يعتبر فيه حضور صاحبه كالرجعة[٨]، ولانه معنى ينقطع

---

(٢) وخالفه أبو يوسف .
أنظر : الهداية جـ٥ ص ٥١١ . المبسوط جـ١٣ ص٥٠ .
واما ابن حزم فلا يقول بخيار الشرط أصلا . أنظر المحلى جـ٩ ص٣٢٨ .

(٣) أي في فسخه .

(٤) لانه لا تأثير له في منع وقوع الفسخ . لأن البيع قد وقع من جهته على البت .

(٥) حيث لا يعتبر حضورهما في ايقاع الطلاق عليها ورجوع الموصى في وصيته .
بجامع عدم اعتبار رضاه في ابرام العقد في كل من الأصل وهو المرأة في الطلاق والموصى له في الوصية والفرع وهو فسخ من له الخيار في عقد البيع .
ولما كان حكم الأصل عدم اعتبار حضورهما فيه ،كان حكم الفرع كذلك فلا يعتبر حضور من لم يشترط الفسخ أيضا لذلك .

(٦) أي حيث لا يعتبر رضاها في ايقاعه عليها .

(٧) أي حيث لم نعتبر حضوره .

(٨) حيث لا يعتبر في صحتها حضور المرأة .
بجامع أن كلا تصرف استبقى فيه لنفسه حق الرجوع ، اما الأصل فهو الرجعة واما الفرع فهو عقد البيع اذا شرط فيه الخيار لنفسه .
ولما كان حكم الأصل عدم اعتبار حضورها فيه ، كان حكم الفرع كذلك فلا يعتبر حضور من لم يشترط الخيار أيضا لذلك .

به خيار الشرط ، فأشبه الاجازة.(٩)

قالوا : فسخ عقد يتعلق به حق كل واحد منهما ، فلم يجز من غير حضور صاحبه ، كالاقالة وفسخ الوديعة.(١٠)

قلنا : النكاح أيضا يتعلق به حق كل واحد منهما ، فان له حق الاستمتاع ولها المهر والنفقة والاستمتاع ، ولهذا قال الله تعالى (ولهن مثل الذى عليهن بالمعروف(١١)) ثم يملك رفعه(١٢) من غير حضورها ،(١٣) ولأنه وان تعلق به(١٤)

الاجازة

(٩) حيث يجوز لمن رضى بيع الخيار منهما من غير حضور صاحبه.
بجامع انقطاع خيار الشرط به ، فى كل من الاصل وهو الاجازة وهى امضاء البيع ، والفرع وهو فسخ عقد البيع.
ولما كان حكم الاصل عدم اعتبار حضور الطرف الثانى فيه ، كان حكم الفرع كذلك فلا يعتبر حضوره للفسخ أيضا لذلك .

(١٠) حيث لا تصح من غير حضور الطرف الثانى .
بجامع تعلق حق كل واحد من طرفى العقد فيه ، فى كل من الأصل وهو الاقالة وفسخ الوديعة ، والفرع وهو عقد البيع ،
ولما كان حكم الاصل اعتبار حضور الطرف الاخر فيه ، كان حكم الفرع كذلك فيعتبر حضور الطرف الاخر فى فسخ البيع أيضا لذلك .

(١١) البقرة آية / ٢٢٨.

(١٢) أى ازالته بالطلاق . وفى الأصل (دفعه) بالدال المهملة. وماأثبتناه من نسخة ((ب)) أولى .

(١٣) أى فبطل أن تكون العلة المذكورة وهى كونه عقدا يتعلق به حق كل واحد منهما مضطردة ، لانها منقوضة بعقد النكاح كما ذكره المصنف، والاضطراد شرط فى علة الحكم ليقاس الفرع على الأصل فيه .

(١٤) أى بعقد البيع .

حق صاحبه (١٥) الا أنه جعل اليه (١٦) فرضى (١٧) بفسخه ، ولهذا لو حضر (١٨) لم يملك منعه ، فلا معنى لاعتبار حضوره ، والا قالة كالخلع لانه يفتقر الى القبول والتراضى (١٩) ، وهذا كالطلاق (٢٠) ، والوديعة لا نسلم (٢١) فانها تنفسخ من غير حضور المودع ، حتى اذا علم به (٢٢) وجب عليه الرد (٢٣) ، وانما لاضمان عليه (٢٤) ، لأن الضمان يتعلق بالعدوان (٢٥) ، ولهذا لو فسخ بحضرته (٢٦) لم يضمن الى أن يتمكن من (٢٧) الرد ،

---

(١٥) لكونه أحد طرفى العقد .

(١٦) أى الا أن حق الفسخ جعل الى من اشترط الخيار .

(١٧) فى الأصل (ورضى) والأولى ما أثبتناه من نسخة ((ب)) . / أى فلا أعتبار لحضور صاحبه اذن .

(١٨) أى الطرف الثانى وهو من لم يشترط له الخيار منهما .

(١٩) أى من الطرفين فى الا قالة والفسخ ، فاشترط حضورهما لذلك ، ولا كذلك فى فسخ البيع بالخيار ، اذ لا يشترط رضا الطرف الآخر ، فلا يشترط حضوره .

(٢٠) حيث لا يشترط فيه حضور المرأة .

بجامع جعل الحق فى الفسخ اليه ، فى كل من الاصل وهو الزوج فى الطلاق ، والفرع وهو من شرط الخيار لنفسه فى البيع.

ولما كان حكم الاصل صحة ايقاعه الطلاق من غير حضور المرأة ، كان حكم الفرع كذلك فيصح ايقاعه الفسخ فى البيع من غير حضور الطرف الآخر أيضا لذلك .

(٢١) أى بوجوب حضور طرفى العقد فيها .

(٢٢) أى اذا علم المودع - بالفتح - بفسخ العقد .

(٢٣) أى على من ودعت عنده .

(٢٤) أى فيما اذا تلفت عنده بعد الفسخ وقبل العلم به .

(٢٥) أى ولاعدوان منه بعدم العلم .

(٢٦) أى لو فسخ عقد الوديعة بحضرة من ودعت عنده .

(٢٧) فى نسخة ((ب)) : منها .

وان كانت قد انفسخت (٢٨)، وان سلم فلأن (٢٩) الوديعة فسخها بالاسترجاع، وهذا (٣٠) بالقول (٣١).

قالـــوا : في الرد بالعيب رفع عقد بالعيب ، فلا ينفرد به، (٣٢) كالرد بالعنه. (٣٣)

---

(٢٨) لانه لاعد وان منه عليها فصح أنه لاعبرة بحضور المودع بالفتح - فـــي فسخ الوديعة .

(٢٩) أي بأنه يلزم حضور طرفي عقد الوديعة لفسخها .

(٣٠) وهذا يحتاج الى فعل من الطرفين معا ليتم الفسخ فيها .

(٣١) أي فسخ عقد البيع يحصل بقوله فسخت البيع أو مايدل على هـــــذا المعنى ويبقى المبيع عند صاحبه . ولاكذلك الوديعة فان العقد بهـــا ينفسح بالاسترجاع فهذا فارق يبطل به قياسهم فسخ عقد البيع المشـروط فيه الخيار لاحد طرفيه على الوديعة .

(٣٢) أي فلا ينفرد أحد المتعاقدين برده .

(٣٣) في الأصل : كالرد بالقبض ، ولا معنى له هنا .
في تصحيح التنبيه ص ١٠٥ : العنين : بكسر العين والنون المشـددة وهو العاجز عن الوطء وربما اشتهاه ولا يمكنه.مشتق من عن الشئ اذا اعترض أي يعترض عن يمين الفرج وشماله . . . . قال ابن الاعرابي : جمع العنـين والمعنون عنن . . . قال صاحب المحكم - يعني ابن سيده -: هو عنين بين العنانة والعنينة والعنينية، قال أبو عبيد : امرأة عنينة وهي التي لاتريـــد الرجال - ثم نبه على استعمال هذه الكلمة فقال : - واما مايقع في كتـــب أصحابنا من قولهم : العنة . يريدون التعنين فليس بمعروف في اللغة ، ، وانما العنة الحظيرة من الخشب تجعل للابل والغنم تحبس فيها . أهـ .
وأنظر المصباح جـ٢ ص ٨٤ .
والجامع في القياس المذكور هو الرد بالعيب في كل من الأصل وهو الـــرد بالعنة والفرع وهو فسخ عقد البيع الذى شرط الخيار فيه لاحد طرفيه .
ولما كان حكم الاصل عدم انفراد أحد المتعاقدين برده ،كان حكم الفـــرع كذلك فلا ينفرد من له الخيار برده أيضا لذلك .

قلـــنا : لان ذاك يفتقر الى اقرار الزوج بالعجز (٣٤) والى حكم الحاكـــم (٣٥) لانه مجتهد فيه وهذا بخلافه (٣٦) .

قالوا : لو قلنا انه يرد بعد القبض ، لأدخلناه (٣٧) فى ملكه من غير رضـــا (٣٨) ولا ولاية (٣٩) .

قلنـــا : يبطل بما قبل القبض (٤٠) .

* مســـألة (١١) : لا يسقط خيار الشرط وخيار الشفعة بالموت (١) . / ١٣٠ ش .

---

(٣٤) أى عن الجماع بسبب العنة .

(٣٥) وكلا هذين الامرين يحتاجان الى حضور طرفى العقد ، لسماع اقـــرار الزوج وليحكم الحاكم بعجز الزوج ، ولا كذلك الفسخ فى البيع .

(٣٦) أى فثبت الفارق بين الأصل والفرع فى قياسهم المذكور والقياس معه باطل .

(٣٧) أى المبيع .

(٣٨) أى من البائع بادخال المبيع فى ملكه ، أى والملك يعتمد الرضى من المملك والمتملك .

(٣٩) أى من الراد على المردود اليه .

(٤٠) أى حيث اجزتم للمشترى رد المبيع بالعيب قبل القبض مع حضور البائـــع ثم لم تعتبروا ذلك ادخالا للمال على ملك البائع من غير رضا ولا ولاية .

(١) سقط قوله (بالموت) من نسخة ((ب)) : / أى بل ينتقل الحق الى الورثة .
أنظر المسألة : الام جـ٣ ص ٥ . المختصر ص ٧٦ . المنهاج ص ٤٧ .
وهو قول الحنابلة بشرط أن يطالب به من له الخيار قبل موته .
أنظر شرح المنتهى جـ٢ ص١٧٢ . كشاف القناع جـ٣ ص١٩٩ . وفى المحـرر جـ١ ص٢٧٦ :
قال : وخيار الشرط والشفعة وحد القذف لا تورث الا بمطالبة من الميـت نص عليه ، ويتخرج انها تورث . أهـ .
ولم يسقطه المالكية بالموت أيضا كالشافعية . القوانين ص٣٠٠ . الشـــرح الصغير جـ٢ ص٥٠ . الجواهر جـ٢ ص٣٧ . شرح المنح جـ٢ ص٦٢١ .

وقال أبو حنيفة : يسقط.(٢)

لنا : هو(٣) انه خيار ثابت لدفع الضرر(٤) عن المال ، فورث ، كخيار الرد بالعيب.(٥)

فان قيل(٦) : ذاك(٧) فيه معنى المال(٨) ، ولهذا يؤول الى المال(٩) ،

قيل : الا أن الخيار في(١٠) نفسه ليس بمال ،(١١) ولأن ام الولد تؤول الى

---

(٢) المبسوط جـ١٣ ص٤٢ . الهداية جـ٥ ص٤١٥ مجمع الانهر جـ٢ ص٣٢ .
وهو قول ابن حزم في الشفعة . أنظر المحلى جـ١٠ ص٢٧ ، واما خيار الشرط فلا يجوز عنده أصلا . أنظر المحلى جـ٩ ص٣٢٨ .

(٣) سقط لفظ (هو) من نسخة ((ب)) .

(٤) وهو الغبن .

(٥) حيث يثبت فيه الحق للورثة . أنظر عميرة جـ٢ ص١٩٢ .
بجامع أن كلا خيار ثابت لدفع الضرر عن المال . أما الأصل فهو خيار الرد بالعيب واما الفرع فهو خيار الشرط .
ولما كان حكم الأصل ثبوت حق الخيار فيه للورثة ، كان حكم الفرع كذلك فيثبت الحق فيه للورثة أيضا لذلك .

(٦) أي طلبا لنقض القياس المذكور باثبات الفارق فيه بين الأصل والفرع .

(٧) اشارة الى خيار العيب .

(٨) أي والمال من شأنه انه يورث . ولا كذلك خيار الشرط . فلا يصح قياس أحدهما على الآخر للفارق بينهما .

(٩) وذلك بأن يرد المبيع المعيب بحكم خيار العيب ويسترجع الثمن وهو المال الذي دفعه للبائع واذ قد آل الى المال فانه يورث.
فاذ قد آل خيار العيب الى المال ولم يكن خيار الشرط كذلك فقد صح أن بين الاصل والفرع في قياس خيار الشرط على خيار العيب فارقا .
فيبطل به القياس المذكور.

(١٠) سقط حرف (في) من نسخة ((ب)) .

(١١) أي وان كان يؤول الى المال . والعلة في قياس خيار الشرط على خيار العيب هي ثبوت الخيار لدفع الضرر عن المال فانتفى الفارق الذي ذكروه بين الأصل والفرع في هذا القياس. وصح ان خيار العيب ليس بمال فهو كخيار الشرط ولذلك جاز قياسه عليه .

مال اذا أتلفت ثم لا تورث ،(١١) ولانه خيار ثابت يتوصل به الى اختيار(١٢) الثمن أو المثمن ،(١٣) فأشبه اذا شرط انه كاتب فخرج بخلافه.(١٤)

فان قيل : الخيار في الأصل(١٥) ثبت(١٦) حكما ،(١٧) فلم يسقط ،(١٨)

---

(١١) أي فدل على بطلان التعليل المذكور لوجوده في ام الولد ثم تخلف الحكم عنها ،أي والحال كذلك بالنسبة الى خيار العيب فانه ليس بمال وانما يؤول اليه ثم خيار العيب يورث واما أم الولد فلا تورث. فصح أنه ليس كل ما يؤول الى مال يورث.

(١٢) في نسخة ((ب)) : الى اختبار الثمن . / بالباء الموحدة ،أي الى معرفة مدى الغبن فيه.

(١٣) وذلك بعد فحص المبيع وعرضه على ذوي الخبرة للموازنة بينه وبين الثمن . ثم يختار الامضاء أو الفسخ .

(١٤) حيث يثبت للورثة خيار الرد فيه لتخلف شرط المشتري في المبيع.

والجامع في القياس المذكور هو أنه خيار ثابت يتوصل به الى اختيار الثمن أو المثمن في كل من الأصل وهو مالو شرط في شراء العبد أن يكون كاتبا فبان بخلافه والفرع وهو مالو اشترى وشرط الخيار ومات قبل تمام المدة المشروطة .

ولما كان حكم الاصل ثبوت حق الخيار للورثة فيه كان حكم الفرع كذلك فيثبت للورثة حق الخيار فيه أيضا لذلك .

(١٥) أي في القياس المذكور ، وهو مالو اشترى عبدا على أنه كاتب فبان بخلافه .

(١٦) في نسخة ((ب)) : يثبت .

(١٧) أي بحكم الشرع لا بفعل المتعاقدين وهو ما يسمى بخيار العيب والدليل على أن خيار العيب بفعل الشرع ما رواه البخاري جـ٢ ص١٧ باب النهي للبائع أن لا يحفل الابل والبقر والغنم وكل محفلة. عن أبي هريرة مرفوعا : لا تصروا الابل والغنم فمن ابتاعها بعد فانه بخير النظرين بين أن يحتلبها ان شاء امسك وان شاء ردها وصاع تمر. أهـ

والتصرية في الاصل هو حبس الماء ، يقال صريت الماء .والمصراة كما قال البخاري : التي صرى لبنها وحقن فيه وجمع فلم يحلب اياما . أنظر نفس الصفحة في البخاري .

=

فلم يسقط .(١٨)

قيل : هذا يبطل بخيار الرؤية وخيار الشفعة،(١٩) ولأنه(٢٠) حق لازم تعلق بالمبيع ،فلا يسقط بالموت ، كحبس المبيع.(٢١)

قالوا : خيار لا يؤول الى مال ،فأشبه خيار القبول والاقالة وخيار الرجوع في(٢٢) الهبة وخيار اللعان.(٢٣)

= والمقصود:أنه اذا قيل بقصد ابطال القياس المذكور باثبات الفارق فيه بين الاصل وهو خيار العيب والفرع وهو خيار الشرط بأن خيار العيب ثابت بحكم الشرع فلا يملك اسقاطه وخيار الشرط ثابت بفعل أحد المتعاقدين فملك اسقاطه .

(١٨) أي فجاز أن يورث.

(١٩) أي فانه ثابت بحكم الشرع ثم لا يورث ،اما خيار الرؤية فبحديث (من اشترى مالم يره ،فهو بالخيار اذا رآه) رواه الدارقطني جـ٣ ص٤ كتاب البيوع رقم/١٠ ، وقال : هذا مرسل ،وأبو بكر بن أبي مريم ضعيف .أهـ أنظر رقم/٨ .

واما خيار الشفعة فثابت بما روى جابر (قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالشفعة في كل مالم يقسم ،فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة) رواه البخاري جـ٢ ص٣٢ كتاب الشفعة باب الشفعة فيما لم يقسم .

والمقصود: ان تعليلكم جواز ارث الخيار في شراء العبد بشرط انه كاتب فبان بخلافه بأنه ثابت بحكم الشرع، معارض بانكم أورثتم خيار الرؤية وخيار الشفعة مع أنهما ثابتان بحكم الشرع .

(٢٠) أي خيار الشرط والشفعة .

(٢١) حيث لو حبس البائع المبيع ليقبض الثمن من المشتري ثم مات البائع فلورثته حق حبسه لاستيفاء الثمن .

بجامع أنه حق لازم تعلق بالمبيع في كل من الاصل وهو حبس المبيع والفرع وهو خيار الشرط.

ولما كان حكم الاصل تعلق حق الورثة بالمبيع،كان حكم الفرع كذلك فيتعلق حقهم به في خيار الشوط أيضا لذلك .

(٢٢) سقط حرف (في) من نسخة ((ب)) .

(٢٣) حيث لا يتعلق حق الورثة بشئ من هذه الخيارات. =

قلـــنا : خيار الرد (٢٤) بالعيب في السلم لا يؤول الى مال عند هـــــم ، ثم يورث . وحبس الرهن والمبيع لا يؤول الى مال ويورث (٢٥) ، ولا نه وان لم يـــؤل (٢٦) الى مال ، الا أنه من حقوق المال ومصالحه ، فهو كالرهن (٢٧) ، ثم خيار القبـــول والا قالة غير لازم (٢٨) ، ولهذا يجوز لكل واحد منهما أن يبطله على صاحبه ، فسقط

= بجامع عدم الايلولة الى المال في كل من الاصل وهو خيار القبول والا قالـــة والرجوع في الهبة وخيار اللعان ، والفرع وهو خيار الشرط ولما كان حكـــم الاصل هو عدم ثبوت حق الارث فيه كان حكم الفرع كذلك فلا يورث خيـــار الشرط أيضا لذلك .

(٢٤) في نسخة ((ب)) : يبطل بخيار الرد بالعيب في السلم .

(٢٥) حيث يملك الوارث حبس الرهن حتى يستوفي حقه وحبس المبيع حـــــتى يستوفي الثمن مع كونه لا يؤول الى مال .

والمقصود : اثبات تناقضهم فيما ذهبوا اليه وهو ان خيار الشرط لا يـــؤول الى مال فلا يورث ، مع انهم يذهبون الى توريث خيار الرد بالعيب فـــي السلم ، مع كونه لا يؤول الى مال ، ومثل ذلك يقال في حبس الرهن والمبيـــع أيضـــا .

وهذا من ابطال حجة الخصم بمذهبه وهو ابلغ في الحجة عليه .

(٢٦) في نسخة ((ب)) : ولا نه وان كان يؤول الى مال ./ وهو خطأ لعـــدم تناسبه مع السياق .

(٢٧) حيث يثبت لورثة المرتهن حق امساك الرهن بعده :

بجامع انه من حقوق المال في كل من الأصل وهو الرهن والفرع وهو خيـــار الشـــرط .

ولما كان حكم الاصل تعلق حق الورثة به ، كان حكم الفرع كذلك فيثبت للورثة الحق في خيار الشرط والشفعة أيضا لذلك .

(٢٨) أى للمتعاقدين .

بالموت [٢٩]، كالعقود الجائزة [٣٠]، وهذا خيار [٣١] لازم ، ألا ترى أنه لا يجوز لأحدهما ابطاله على صاحبه [٣٢]، فلم يسقط بالموت ، كالعقود اللازمة [٣٣]، والرجوع فى الهبة

---

(٢٩) أى ولا كذلك خيار الشرط والشفعة حيث لا يجوز لغير صاحب الشرط والشفعة ابطاله على صاحبه ، فلا يسقط بالموت.
أى وبهذا الفارق بين الاصل والفرع فى قياسهم خيار الشرط والشفعة على خيار القبول والاقالة ، يبطل قياسهم المذكور.

(٣٠) حيث يجوز لكل من الطرفين ابطاله على صاحبه .
بجامع عدم اللزوم فى كل من الاصل ،
وهو العقود الجائزة والفرع وهو خيار القبول والاقالة ولما كان حكم الاصل سقوطه بالموت كان حكم الفرع كذلك فيسقط خيار القبول والاقالة بالموت أيضا لذلك .

(٣١) اشارة الى خيار الشرط والشفعة .

(٣٢) أى مالم يجد فيه ما يخالف شرطه .
لما رواه البخارى تعليقا : قال النبى صلى الله عليه وسلم : المسلمون عند شروطهم . أهـ كتاب الاجارة باب اجر السمسرة . جـ٢ ص ٣٤ .
ورواه أبو داود جـ٣ ص٣٠٤ باب فى الصلح رقم / ٣٥٩٤ ولفظه: عن أبى هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : الصلح جائز بين المسلمين . زاد أحمد : الا صلحا أحل حراما أو حرم حلالا . وزاد سليمان ابن داود : وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : المسلمون على شروطهم . أهـ
قال المنذرى : فى اسناده كثير بن زيد أبو محمد الاسلمى مولاهم المدنى قال ابن معين : ثقة . وقال مرة : ليس بشئ . وقال مرة : ليس بذاك القوى وتكلم فيه غيره . أهـ مختصر سنن أبى داود جـ٥ ص٢١٤ رقم / ٣٤٤٩ .

(٣٣) حيث لا تسقط بموت أحد المتعاقدين بل يتعلق بها حق الورثة .
بجامع لزوم العقد لكل من الطرفين فى كل من الأصل وهو العقود اللازمة والفرع وهو البيع المشروط فيه الخيار .
ولما كان حكم الاصل عدم سقوطه بالموت ، كان حكم الفرع كذلك فلا يسقط خيار الشرط والشفعة بالموت أيضا لذلك .

يتعلق بالأبوة[٣٤] والابوة لا تورث ، وهذا يتعلق بالمبيع وقد ورث ، فورث الخيار معه[٣٥] ، واللعان لا يورث لان النفي[٣٦] لا يصح الا من جميع الورثة ، والمنفي من الورثة.[٣٧]

قالوا : يختص الشرط الميت[٣٨] واليه ينسب وبه يعرف[٣٩] ، فاختص بمن شرط له[٤٠].

---

(٣٤) أي يختص به الاب دون غيره . لما رواه أبو داود جـ٣ ص ٢٩١ باب الرجوع في الهبة رقم / ٣٥٣٩ عن ابن عباس مرفوعا : لا يحل لرجل أن يعطي عطية أو يهب هبة فيرجع فيها الا الوالد فيما يعطي ولده .. الحديث . أهـ .

ورواه الترمذي جـ٤ ص ٤٤٢ باب ماجاء في كراهية الرجوع في الهبة . رقم / ٢١٣٢

وقال : هذا حديث حسن صحيح . أهـ .

(٣٥) أي وخيار الشرط والشفعة يتعلق بالمبيع وقد ورث المبيع فورث معه الخيار .

أي وهذا فارق بين الاصل والفرع في قياسهم خيار الشرط والشفعة على خيار الرجوع في الهبة ، والقياس مع الفارق باطل .

(٣٦) في نسخة ((ب)) : لان البقاء ./ وهو تحريف .

(٣٧) أي ولا يصح لعانه ، وهذا بخلاف خيار الشرط فانه يثبت لجميع الورثة فلا يصح قياسه على خيار اللعان للفارق المذكور .

(٣٨) سقط لفظ (الميت) من الأصل .

(٣٩) أي فيقال شرط فلان ، وهذا الخيار لفلان .

(٤٠) أي فيسقط بموته ، لانه مختص به دون غيره .

قلنا : تجارة المأذون تختص بالاذن ، وبه يوصف العبد[٤١] ، ثم لا يختص عندهم بما اذن فيه من التجارات[٤٢] ، ولانه يبطل به اذا شرط الخيار لأجنبى فانه يثبت له ولمن شرطه[٤٣] ، ولان خيار التعيين فى عبد من عبدين ثبت بالشرط ، ثم ينتقل الى الوارث[٤٤].

قالوا : الخيار هو المشيئة وذلك صفة له[٤٥] ، لا تزايله[٤٦] ، فلا يجوز أن تورث[٤٧].

قلنا : يبطل بخيار العيب وخيار التعيين[٤٨].

---

(٤١) فيقال : عبد مأذون .

(٤٢) أنظر الهداية جـ٨ ص ٢١٥ .

(٤٣) أى فلم يقتصر خيار الشرط على من شرطه اذ يتحول الى الاجنبى فى حال اشتراطه له ، واذا ثبت انه ينتقل الى غير المشترط صح انه ينتقل الى الورثة فلا يسقط بموت من اشترط الخيار .

(٤٤) أى عندكم .
وإن قد انتقل خيار التعيين الى الوارث ، فان خيار الشرط ينتقل اليه أيضا لأن كلا منهما ثبت بالشرط .

(٤٥) أى للبيع فيقال : بيع خيار ، أو للشرط فيقال : شرط الخيار .

(٤٦) أى لا تنفك ولا تزول عنه . فى القاموس جـ٣ ص ٣٩١ : وزايله وزيالا فارقه والتزايل التباين والاحتشام . أهـ . ومنه قوله تعالى : (فزيلنا بينهم) سورة يونس آية / ٢٨ أى فرقنا بينهم ، وهو من زال يزول . كما فى تفسير غريب القرآن ص ١٩٦ .

(٤٧) لانها لا تتخلف عن الميت حتى تورث عنه .

(٤٨) حيث يورثان مع كونهما مشيئة وصفة للعقد لا تزايله ، فبطل التعليل بها .

ق قالوا : مدة (٤٩) ملحقة بالبيع ، كالاجل . (٥٠)

قلنا : الأجل جعل رفقا بمن عليه الدين ، فلو ورث (٥١) تأخر قضاء الدين ، وصار ضررا عليه (٥٢) ولا ضرر في الخيار (٥٣) ، ولأنا لو أبقينا (٥٤) الاجل احتجنا أن ننقل الدين الى ذمة الوارث، والذمم لا تتماثل (٥٥) ، والخيار للفسخ والامضاء (٥٦) ، والوارث

---

(٤٩) أي مدة خيار الشرط .

(٥٠) حيث يسقط بموت العاقد ويحل به الدين لصاحبه .
بجامع أن كلا مدة ملحقة بالعقد ، اما الاصل فهو الاجل في الدين . واما الفرع فهو مدة خيار الشرط . ولما كان حكم الاصل هو انقطاع الأجل بموت المدين كان حكم الفرع هو عين حكم الاصل فيسقط الخيار بموت من له الخيار .

(٥١) أي الأجل .

(٥٢) أي على من عليه الدين ، والضرر الذى يلحقه هو ما اشار اليه النبي صلى الله عليه وسلم بقوله : نفس المؤمن معلقة بدينه حتى يقضى عنه . أهـ رواه الحاكم في المستدرك عن أبي هريرة مرفوعا ، وقال : هذا حديث صحيح على شرط الشيخين .
أنظر المستدرك جـ٢ ص٢٦ والتي تليها . كتاب البيوع ، تحت عنوان : من مات وهو برئ من ثلاث: الكبر والغلول والدين ، دخل الجنة .

(٥٣) أي في خيار الشرط والشفعة ، أي على من جعل له الخيار .
والمقصود اثبات الفارق بين الاصل والفرع في قياسهم اذ لا ضرر في توريث خيار الشرط على من اشترط عليه من العاقدين وفيه مصلحة لمن شرط له الخيار بخلاف توريث الاجل في الدين اذ فيه ضرر على الدائن بتأخير وصول المال اليه . والقياس مع الفارق باطل .

(٥٤) في نسخة ((ب)) : لو اثبتنا الاجل .

(٥٥) في نسخة ((ب)) : لا تتقابل . / وانما لم تتماثل الذمم لان بعضها يماطل في أداء الحق فيصيب الدائن ضرر بتأخير حقه ، ولا كذلك البعض الآخر .

(٥٦) أي واما الاجل فليس كذلك اذ هو لاداء الحق فقط فجاز أن يورث الخيار دون الاجل لذلك .

كالموروث . (٥٧)

قالوا : (٥٨) ملك الوارث طارئ (٥٩) فلا يملك به (٦٠) الشفعة (٦١) كملك المشترى من الشفيع . (٦٢)

قلنا : الا أنه (٦٣) كالمستدام من جهة الحكم، (٦٤) ولهذا يرد الوارث على من يرد عليه المورث بالعيب بخلاف المشترى . (٦٥)

---

(٥٧) أى فى تحقيق المقصود من الخيار وهو الفسخ أو الامضاء .
أى وبناء على هذا الفرق بين الاجل والخيار يبطل قياسهم أحدهما على الآخر.

(٥٨) فى نسخة ((ب)) : قلنا ./ وهو خطأ .

(٥٩) أى ملك الوارث خيار الشرط والشفعة طارئ ، لانه حصل بسبب موت من له الخيار.

(٦٠) فى نسخة ((ب)) : فلا يملك له .

(٦١) لان الملك الطارئ ضعيف بخلاف الملك الاصلى بالبيع فانه قوى فيملك به الشفعة.

(٦٢) حيث لا يثبت للمشترى من الشفيع حق الشفعة فى المال المبيع.
بجامع طرو الملك فى كل من الاصل وهو ملك المشترى من الشفيع والفرع وهو ملك الوارث.
ولما كان حكم الاصل عدم انتقال حق الشفعة اليه به ، كان حكم الفرع كذلك فلا ينتقل الخيار الى الورثة أيضا لذلك .

(٦٣) أى الملك الطارئ بالارث.

(٦٤) أى فله حق الأخذ بالشفعة به .

(٦٥) أى الذى اشترى الشقص من الشفيع . أى فانه لا يملك به حق الشفعة من البائع.

قالوا : زال ملكه (٦٦) عن الشقص (٦٧) فبطلت الشفعة (٦٨) ، كما لو باعه (٦٩) .

قلنا : هناك (٧٠) رضى باسقاط الشفعة (٧١) ، وها هنا لم يرض (٧٢) ، فهو كما لو باع (٧٣) ولم يعلم بالشفعة (٧٤) .

---

(٦٦) أى ملك الشفيع .

(٦٧) أى بموته وفى المختار ص ٣٤٣ : الشقص بالكسر القطعة من الارض والطائفة من الشئ . أهـ
زاد فى المصباح جـ١ ص٣٤٢ : والجمع اشقاص مثل حمل واحمال . أهـ .

(٦٨) لفوات محلها بانتقاله الى ورثة البائع .

(٦٩) أى كما لو باع الشفيع شقصه ، حيث يسقط به حقه فى الشفعة .
بجامع زوال ملكه عنه ، فى كل من الاصل وهو مالو باع الشفيع شقصه ، والفرع وهو مالو مات عنه .
ولما كان حكم الاصل بطلان شفعته به ، كان حكم الفرع كذلك فيسقط خيار شفعته به أيضا لذلك .

(٧٠) أى فى بيعه شقصه .

(٧١) أى فبطل حقه فى الشفعة ، فلا يتعلق به حق الورثة بعده .

(٧٢) أى فى حال زوال ملكه بالموت . / أى فثبت الفارق بين الاصل والفرع فى قياسهم .

(٧٣) أى كما لو باع الشفيع شقصه ولم يعلم ان له حق الشفعة فى شقص شريكه بالبيع .

(٧٤) حيث يثبت له الحق فيها لزوالها عنه بغير علمه ورضاه .
والجامع فى القياس المذكور هو زوال الملك بغير علم ولا رضى المالك فى كل من الاصل وهو مالو باع الشفيع شقصه ولم يعلم بالشفعة والفرع وهو مالو مات عن خيار الشفعة ولما كان حكم الاصل ثبوت حقه فى الشفعة ، كان حكم الفرع كذلك فيثبت للوارث حق خيار الشفعة أيضا لذلك .

" مســـــائل الربـــــا "*

* مسألة (١٢) : علة الربا فى البر انه مطعوم جنس.(١) / ١٣١ى.

---

* الربا : هو الفضل والزيادة ،وهو مقصور على الاشهر ، ويثنى : ربوان بالواو على الاصل ، وقد يقال : ربيان على التخفيف وينسب اليه على لفظه فيقال : ربوى ، قاله أبو عبيدة وغيره . وزاد المطرزى فقال : الفتح فى النسبة خطأ . تقول : اربى الرجل اذا دخل فى الربا . واربى على الخمسين اذا زاد عليها وتقول : ربا الشئ يربو اذا زاد ونما . أنظر المصباح جـ١ ص ٢٣٣ ، زاد فى المختار ص ٢٣١ : ربا الشئ زاد وبابه عدا . أهـ .
وهو فى الشرع : عقد على عوض مخصوص غير معلوم التماثل فى معيـــار الشرع حالة العقد أو مع تأخير فى البدلين أو أحدهما . أهـ مغـــنى المحتاج جـ٢ ص٢١ وعرفه ابن قدامة بأنه : الزيادة فى أشياء مخصوصة .أهـ المغنى جـ٤ ص٣ .
وهو حرام بالكتاب فى قوله تعالى . (واحل الله البيع وحرم الربا) البقرة آية / ٢٧٥ وبالسنة فى قوله صلى الله عليه وسلم (اجتنبوا السبع الموبقـات قيل : يارسول الله وماهن . قال : الشرك بالله والسحر وقتل النفـــس التى حرم الله الا بالحق واكل مال اليتيم واكل الربا والتولى يوم الزحـــف وقذف المحصنات الغافلات المؤمنات .أهـ رواه مسلم عن أبى هريرة . جـ١ص٩٢ كتاب الايمان باب بيان الكبائر واكبرها . رقم / ١٤٥ .
وبالاجماع . قال فى المغنى جـ٤ ص٣ : واجمعت الامة على أن الربا محرم .أهـ وهو على ثلاثة أنواع : الأول : ربا الفضل : وهو البيع مع زيادة أحـــد العوضين عن الاخر .
النوع الثانى : ربا اليد ، وهو البيع مع تأخير قبضهما أو قبض أحدهما .
النوع الثالث : ربا النساء وهو البيع لاجل .
زاد المتولى نوعا رابعا وهو : ربا القرض المشروط فيه جر نفع .
قال الزركشى : ويمكن رده لربا الفضل . أنظر مغنى المحتاج جـ٢ص٢١ .

(١) على أصح القولين وهو الجديد منهما واما قوله القديم فعلة الربا فيـــه كونه مطعوما يكال أو يوزن . أنظر المجموع جـ٩ص٣٩٧ .الا أنه أشار فـى الوجيز جـ١ ص١٣٦ الى القول الأول فقط وكذا فى التنبيه للمؤلف ص٦٤ بينما ذكر القولين فى المهذب جـ١ ص٢٧٠.

وقال أبو حنيفة : العلة انه مكيل جنس.(٢)

لنا : ماروى معمر بن عبد الله(٣) أن النبى صلى الله عليه وسلم

---

(٢) الهداية جـ ٦ ص ١٤٧ . تبيين جـ ٤ ص٨٥ . مجمع الانهر جـ٢ ص٨٤ .

وهو قول الحنابلة أيضا :

أنظر : شرح المنتهى جـ٢ ص١٩٣ . كشاف القناع جـ٣ ص ٢٣٩ . وذكر فى المغنى جـ٤ ص٥ ثلاث روايات : الأولى : انه مكيل جنس. الثانية : انه مطعوم جنس ، الثالثة : مطعوم جنس مكيلا أو موزونا ، فلا يجرى فى مطعوم لا يكال ولا يوزن كالتفاح والرمان والاجاص والخيار ونحو ذلك .

وذهب المالكية الى أن العلة فيه كونه مقتاتا مدخرا . أنظر القوانين ص٢٧٩ وفرق فى الشرح الصغير جـ٢ ص ٢٤ بين ربا الفضل فجعل العلة فيه الاقتيات والادخار وبين ربا النساء فجعل العلة فيه مجرد الطعم فى الربوى وغيره ان لم يقصد التداوى والا فيجوز النساء والمفاضلة فيه .

وأنظر الجواهر جـ٢ ص١٧ .شرح المنح جـ٢ ص ٥٣٧ و ص٥٣٨ . أسهل المدارك جـ٢ ص ٢٣٤ .

واما ابن حزم فذهب الى قصر الربا على الاصناف الستة فقط دون غيرها لانه لا يقول بالقياس فلا ينظر فى العلة فى تحريمها . والاصناف الستة هى الذهب والفضة والبر والشعير والتمر والملح . أنظر المحلى جـ٩ ص٥٠٣ .

وقد أوصل صاحب الجواهر جـ٢ ص ١٧ الخلاف فى علة الاصناف الربوية الستة الى اثنى عشر قولا ، وجعلها فى المجموع جـ٩ ص٤٠١ عشرة أقوال .

(٣) هو معمر بن عبد الله بن نافع القرشى العدوى ، صحابى جليل ، هاجر الى الحبشة ، له حديثان . روى عنه ابن المسيب ، وروى له مسلم وأبو داود والترمذى وابن ماجه . أنظر الخلاصة ص ٣٨٤ .

وقد ذكر ابن حجر الحديثين ، وهما : لا يحتكر الا خاطئ . والثانى : الطعام بالطعام مثلا بمثل . . . الحديث. أنظر الاصابة جـ٣ ص ٤٤٨ - رقم / ٨١٥١ .

نهى عن بيع الطعام بالطعام الا مثلا بمثل[٤]، والطعام مايتطعم[٥]، وذكر الصفة في الحكم تعليل[٦]، كقوله تعالى (ان جاءكم فاسق بنبأ)[٧] وكقوله : (والسارق والسارقة)[٨].

فان قيل : الطعام اسم للحنطة ، ولهذا يقال : سوق الطعام لسوق الحنطة ، ولا يقال ذاك لدار البطيخ[٩]

---

(٤) رواه مسلم جـ٣ ص ١٢١٤ كتاب المساقاة باب بيع الطعام مثلا بمثل . رقم / ٩٣ ولفظه عن معمر بن عبد الله انه ارسل غلامه بصاع قمح . فقال : بعه ثم اشتر به شعيرا ، فذهب الغلام فأخذ صاعا وزيادة بعض صاع ، فلما جاء معمرا أخبره بذلك ، فقال له معمر : لم فعلت ذلك ؟ انطلق فرده ، ولا تأخذن الا مثلا بمثل فاني كنت اسمع رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : الطعام بالطعام مثلا بمثل ، قال - أي معمر - وكان طعامنا يومئذ الشعير ، قيل له : فانه ليس بمثله ، قال : اني أخاف أن يضارع . أهـ أي يشابه أي أخاف ان يكون في معنى المماثل فيدخله الربا .
ورواه البيهقي جـ٥ ص٢٨٥ باب جريان الربا في كل مايكون مطعوما .
وجه الدلالة : انه علق النهي بالطعام فدل على أن العلة الطعم لان تعليق الحكم بمشتق يؤذن بعلية مامنه الاشتقاق .

(٥) أي فيعم كل مطعوم .

(٦) أي والحكم يدور مع علته وجودا وعدما فمتى وجد الطعم وجد تحريم الربا في جنسه .

(٧) سورة الحجرات آية / ٤٩ فكلما وصل الخبر من فاسق وجب التثبت في قبوله .

(٨) سورة المائدة آية / ٣٨ . أي كلما وجدت السرقة في شخص وجب عليه القطع .

(٩) في نسخة ((ب)) : ولا يقال ذلك لدار المطبخ ، / فلا يصح تعدية وصف الطعم الى غير الحنطة ، فانه خاص بها .

قيـــل : هذه لغة مولدة [١٠] ، [١١] ولغة العرب ان الطعام اسم لكـــل مايتطعم ، [١٢] ولهذا قال الله تعالى : [١٣] (وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم وطعامكم حل لهم) [١٤] وقالت عائشة رضي الله عنها [١٥] : مكثنا مع نبينا صلى الله عليه وسلم مالنا طعام الا الاسودان [١٦] : الماء والتمر. [١٧]

---

(١٠) يعني اطلاق اسم الطعام على الحنطة فقط.

(١١) أى ليست عربية محضة ، ففى المختار ص٧٣٥ : وعربية مولدة ورجل مولد اذا كان عربيا غير محض.أهـ. ومثله فى المصباح جـ٢ص٩٤٣ .
وفى القاموس جـ١ ص٣٤٧ : وبينة مولدة : غير محققة وكتاب مولد مفتعل .أهـ
وفى اللسان جـ٣ ص٤٦٩ : سمى المولد من الكلام مولدا اذا استحدثوه ولم يكن من كلامهم فيما مضى .أهـ . أى من كلام أهل تلك اللغة .

(١٢) فى المختار ص٣٩٢ : الطعام مايؤكل وربما خص بالطعام البر.أهـ. وهذا محمول على التخصيص بالعرف .

(١٣) سقط لفظ (تعالى) من نسخة ((ب)) .

(١٤) المائدة آية/ ٥ . والشاهد : انه اطلق الطعام هنا على الذبائح .أنظر تفسير ابن كثير جـ٢ ص٢٠ ونقل ذلك عن ابن عباس ومجاهد وابن جبير وعكرمة وعطاء والنخعى وغيرهم .

(١٥) سقط لفظ الجلالة (الله) من نسخة ((ب)) .

(١٦) فى نسخة ((ب)) : الا الاسودين . / والراجح انها مرفوعة بالالف لانها بدل .
والقاعدة : ان المستثنى يكون واجب النصب اذا ذكر المستثنى منه وخلت الجملة من النفى .
وها هنا ذكر المستثنى منه ، لكن الجملة فيه منفية ، فترجح المستثنى منه فيها .
وانما قالت : الاسودان مع أن الماء ليس بأسود لان العرب تنعت الشيئين يصطحبان بالاشهر منهما ، كالقمرين للشمس والقمر والابوين للأب والام . أنظـــر النظم المستعذب جـ١ ص٢٧٠ .

(١٧) رواه البخارى جـ٤ ص١٢٣ فى الرقاق . باب كيف كان عيش النـــبى صلى الله عليه وسلم وأصحابه وتخليهم من الدنيا ، وساق بسنده الى عـروة =

فان قيل : فقد ذكر الكيل أيضا بقوله : الا مثلا بمثل [١٨] ، فدل على أنه علة .

قيل : ذكر الطعم وعلق عليه التحريم [١٩] ، وذكر المماثلة فى حكم العلة [٢٠] للخلاص من التحريم ، ونحن فى علة التحريم [٢١] .

= عن عائشة أنها قالت لعروة : ابن أختي ان كنا لننظر الى الهلال ثلاثة أهلة في شهرين وما أوقدت في أبيات رسول الله صلى الله عليه وسلم نار ، فقلت : ماكان يعيشكم ؟ قالت : الاسودان التمر والماء ، الا أنه قد كان لرسول الله صلى الله عليه وسلم جيران من الانصار كان لهم منائح وكانوا يمنحون رسول الله صلى الله عليه وسلم من أبياتهم فيسقيناه . أهـ .

ورواه مسلم جـ٤ ص ٢٢٨٣ كتاب الزهد رقم الحديث / ٢٨ .

ورواه بنحوه ابن ماجه جـ٢ ص١٣٨٨ كتاب الزهد باب معيشة آل محمد صلى الله عليه وسلم رقم / ٤١٤٥ ولم أجده باللفظ الذى ذكره المصنف ولم يذكر النووى فى المجموع من خرجه . أنظر جـ٩ ص ٣٩٤ و ص ٣٩٦ . والشاهد منه اطلاق لفظ الطعام على الماء والتمر . فصح أن الطعام يطلق على كل مطعوم للآية والحديث .

(١٨) أى فى الحديث السابق . أنظر هامش رقم (٤) فى هذه المسألة .

(١٩) فى قوله فى الحديث المذكور : نهى عن بيع الطعام بالطعام .

(٢٠) أى أنه صلى الله عليه وسلم ذكر المماثلة كطريق للخروج من التحريم الذى هو حكم علة المنع من بيع الطعام بالطعام ، فاذا تحققت المماثلة زال التحريم .

(٢١) أى ونحن بصدد بيان علة التحريم وليس فى بيان حكم العلة لنخلص من التحريم .

وروى عبادة[٢٢] أن النبى صلى الله عليه (وسلم) (نهى عن بيع الذهب بالذهب والفضة بالفضة والتمر بالتمر والبر بالبر والشعير بالشعير، والملح بالملح الا سواء بسواء عينا بعين ،فمن زاد أو[٢٣] استزاد فقد اربا[٢٤]) . فنص على أعلى[٢٥] المطعومات وعلى أدناها لينبه بذلك على أن العلة الطعم ولو كان[٢٦] العلة الكيل ، لم يكن فى ذلك تنبيه ، لأن جهة الكيل فيها لا تختلف[٢٧] ، ولأنه نص على أربعة مختلفة الطعم[٢٨] ، فالبر يقتات اختيارا ، والشعير يؤكل اضطرارا[٢٩] ، والتمر يؤكل

---

(٢٢) هو عبادة بن الصامت بن قيس بن اعرم الانصارى .
شهد العقبتين الاولى والثانية ، وبدرا ، وكان أحد النقباء ،له مائة وواحد وثمانون حديثا ، وكان ممن جمع القرآن على عهد النبى صلى الله عليه وسلم ، بعثه عمر الى الشام ليعلم الناس القرآن فمات بفلسطين وقيل فى الرملة سنة أربع وثلاثين .
أنظر الخلاصة ص ١٨٨ .

(٢٣) سقطت همزة (أو) من نسخة ((ب)) .

(٢٤) رواه مسلم جـ٣ ص ١٢١١ كتاب المساقاة .
وأبو داود جـ٣ ص ٢٤٨ بنحوه باب فى الصرف رقمه / ٣٣٤٩ .
والترمذى جـ٣ ص ٥٤١ باب ماجاء فى أن الحنطة بالحنطة مثلا بمثل كراهية التفاضل فيه . رقم/ ١٢٤٠ وهو عين اللفظ الذى ذكره المصنف هنا .
ثم قال الترمذى : حديث عبادة حديث حسن صحيح . أهـ .
ورواه النسائى بلفظه أيضا : جـ٧ ص٢٧٥ تحت عنوان : بيع الشعير بالشعير .
ورواه ابن ماجه بنحوه ، جـ٢ ص٧٥٧ كتاب التجارات . باب الصرف ومالا يجوز متفاضلا يدا بيد . رقم/ ٢٢٥٤ .

(٢٥) فى الأصل : فنص على أعلا . / بألف ممدودة .

(٢٦) فى نسخة ((ب)) : فلو .

(٢٧) أى فيضيع معنى تعداد الاصناف فى الحديث ، اذا جعلت العلة فيها الكيل .

(٢٨) سقط لفظ (الطعم) من نسخة ((ب)) .

(٢٩) هذا يختلف باختلاف البلدان ، فمنها يأكله اختيارا ، ومنها من يأكله اضطرارا ، الا أن مراد المصنف اثبات المغايرة بين البر والشعير وذلك حاصل بما ذكره .

حلاوة ، والملح يصلح به الطعام ،(٣٠) ولو كانت العلة الكيل لم يجمع أشياء مختلفة.(٣١)
ولأن علتنا يوجد الحكم بوجودها ، ويعدم بعدمها ،(٣٢) وعلتهم لا يعدم الحكم بعدمها ،(٣٣) فان الحنطة في السنبل غير مكيل ، ويحرم فيه الربا ،(٣٤) والدليل على فساد علتهم : ان الكيل يتخلص به من الربا(٣٥) فلا يكون وصفا(٣٦) في تحريم الربا كالقبض ،(٣٧) ولان المطلوب علة الأصل ،(٣٨) والاصل خبر عبادة وقد تناول

---

(٣٠) أي يقوم به طعمه ليساغ للاكل .

(٣١) أي في حديث عبادة . لأن الكيل موجود في كل صنف منها .

(٣٢) وهذه صفة العلة المعتبرة لانها مضطردة فكلما وجدت في شئ وجد الحكم فيه .

(٣٣) أي فقد لا توجد العلة وهي الكيل عندهم ، ثم يوجد الحكم ، وهو الربا ، كما في المثال الذي سيذكره الان .

(٣٤) أي فوجد الحكم وهو تحريم الربا فيه ولم توجد العلة وهي الكيل لعدم امكان اجراء الكيل في الحنطة قبل درسها .
ويسمى بيع الحنطة في سنبلها بحنطة صافية : محاقلة ، من الحقل وهي الارض القراع أي التي لا شجر بها . أنظر المصباح جـ١ ص١٥٧ وقد نهى عنها لعدم العلم بالمماثلة لان الحنطة مستورة في سنبلها .

(٣٥) لانه يحصل به التماثل بين الكيلين .

(٣٦) في نسخة ((ب)) : فلا يكون شرطا . / والمقصود بالوصف العلة .

(٣٧) حيث لا يعتبر القبض علة في تحريم الربا ، مع كونه يتخلص به من الربا .
بجامع التخلص به من الربا في كل من الاصل وهو القبض والفرع وهو الكيل ولما كان حكم الاصل هو عدم اعتبار القبض وصفا يزول به تحريم الربا كان حكم الفرع هو عين حكم الاصل فلا يعتبر الكيل وصفا يزول به تحريم الربا . فصح أن الكيل ليس بعلة في تحريم الربا .

(٣٨) أي المطلوب معرفته ، هو علة تحريم الربا في الأصناف الواردة في الحديث .

القليل والكثير،[٣٩] والكيل لا يوجد فى القليل،[٤٠] فدل على أنه ليس بعلة له.[٤١] ولا ن علتهم تعود على الاصل بالابطال[٤٢]، فانها تسقط الربا فى القليل.[٤٣]

فان قيل: الخبر لم يتناول الا مايكال الا تراه قال: الا مثلا بمثلا.[٤٤]

قيل: أول الخبر عام فى الجميع،[٤٥] والاستثناء خاص فى الكثير،[٤٦]

---

(٣٩) لاطلاق اللفظ فى الاصناف المذكورة فيه .

(٤٠) أى من هذه الاصناف اذ لا يوجد فى حفنة بحفنتين من الشعير أو البر أو التمر أو الملح . فانتقضت علتهم لتخلفها مع وجودها فى القليل من هذه الاصناف .
ولا كذلك الطعم فانه يوجد حتى فى الحفنة الواحدة فاعتباره يقتضى اضطراد العلة فى كل مطعوم قل أو كثر.

(٤١) لان العلة تدور مع الحكم وجودا وعدما ، الا أنها هنا قد وجد الحكم وهو كون هذه الاصناف مما يجرى فيه الربا ، مع تخلف العلة فيهما وهى الكيل . لعدم امكانه فى القليل منها .

(٤٢) وهذه صفة العلة الفاسدة . أنظر مبطلات العلة فى البدخشى ج٣ص ٧٦.

(٤٣) أى فهى غير منعكسة وشرط العلة أن تكون مضطردة منعكسة فكلما وجدت وجد الحكم وكلما انتفت انتفى الحكم ، فاذا انتفت ولم ينتف الحكم ، كانت غير منعكسة ، أى فقدت شرطا من شروط العلة ، فلا يصح التعليل بها .

(٤٤) أى وذلك دليل على اعتبار الكيل علة فيما يكال من تلك الاصناف دون مالا يكال منه .

(٤٥) أى فى القليل والكثير من الاصناف الربوية ، لاطلاق اللفظ فيه .

(٤٦) أى فيما يكال من هذه الاصناف ، دون مالا يكال لقلته .

فلا يمنع [(٤٧)] عموم أوله [(٤٨)]، كما قال تعالى [(٤٩)] (وان طلقتموهن من قبل أن تمسوهن [(٥٠)]) فتناول جميع المطلقات [(٥١)]، ثم قال (الا أن يعفون) وذلك لا يتناول الا العاقلات البالغات [(٥٢)].

قالوا : التأثير للكيل ، لانه يوجد الحكم بوجوده ويعدم بعدمه، فيفسد [(٥٣)] البيع عند الفضل بالكيل ، ويصح عند التساوى فى الكيل .

---

(٤٧) أى استثناء الكثير .

(٤٨) أى للقليل والكثير من تلك الاصناف .

(٤٩) سقط لفظ الثناء (تعالى) من الاصل .

(٥٠) البقرة آية / ٢٣٧ وتمامها : (وان طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم الا أن يعفون أو يعفو الذى بيده عقدة النكاح ، وان تعفوا اقرب للتقوى ولا تنسوا الفضل بينكم ان الله بما تعملون بصير) .

(٥١) سواء كن صغارا أو كبارا .

(٥٢) اذ لهن الحق فى التصرف بما لهن دون غير العاقلات البالغات لانهن لا يملكن التصرف بأموالهن الا عن طريق أوليائهن .

والمقصود أن استثناء العاقلات البالغات وهن كثير لا يمنع عموم الحكم فى أول الاية لجميع المطلقات . فكان أول الاية عاما فى جميع المطلقات ثم استثنى منه الكثيرات من المطلقات وهن البالغات العاقلات ثم لم يمنع هذا الاستثناء العموم فى أول الآية بل بقى على عمومه .

(٥٣) فى الاصل : ويفسد ./ والاولى ما أثبتناه من نسخة ((ب)) .

قلـــنا : الفساد عند الفضل ، والصحة عند التساوى ، هو حكم العلة[٥٤] ، ولعل ذلك[٥٥] لكونه مكيلا ، ولعل لكونه مطعوما[٥٦] ، ثم هذا يبطل بالقبض فـــى المجلس[٥٧] ، يصح البيع عند وجوده ، ويفسد بعدمه ثم ليس بعلة[٥٨] ، بل العلة عندهم انه عقد صرف[٥٩] ، وعندنا[٦٠] انه عقد على ما يجرى فيه الربا بعلة واحــــدة[٦١] قالوا : علتكم تنتقض بالحيوان المأكول ، والطين الخراسانى[٦١] والعرايا[٦٢] .

---

(٥٤) أى وليس هو العلة ، والعلة فى الصحة هى التساوى ، والعلة فى الفســـاد هى التفاضل مع اتحاد الجنس .

(٥٥) أى الصحة والفساد .

(٥٦) أى فدخل الاحتمال فى الدليل ، والقاعدة : ان الدليل اذا دخلـــه الاحتمال بطل به الاستدلال .

(٥٧) أى أن القول بأن التأثير للكيل ، لكون الحكم يوجد بوجوده وينعـــدم بعدمه لا يصح ، فان القبض فى المجلس فى الاصناف الربوية شـــرط فى صحة بيع بعضها ببعض ، ثم لم يجعل القبض علة فى تحريم الربا فـى الاصناف الربوية ،
فبطل اعتبار الكيل علة فى تحريم الربا فيها أيضا .

(٥٨) أى فى تحريم الربا فى الأصناف الثمانية .

(٥٩) وهو بيع ثمن بثمن أى ما خلق للثمنية تجانسا كبيع الفضة بالفضة والذهب بالذهب أو لا ، كبيع الذهب بالفضة أو بالعكس . أهـ مجمع الانهر جـ٢ ص١٦ ١١ .

(٦٠) فى نسخة ((ب)) : وعقدنا . / وهو خطأ فى النسخ .

(٦١) أنظر المنهاج ص ٤٥ .

(٦١) ويسمى الطين الارمنى أيضا ، وهو نوع من الطين نفيس يستخدم فى الأدوية وله طعم يختلف عن غيره من الاطيان ، ذكره الشافعى فى الأم جـ٣ ص١١٧ .

(٦٢) جمع عرية بياء مشددة وهى النخلة يعريها صاحبها رجلا محتاجا فيجعل له ثمرها عامها ، فيعروها الرجل ، فهى فعيلة بمعنى مفعولة كنطيحة بمعنى منطوحة . أنظر المختار ص ٤٢٩ .
وفى الشرع : بيع الرطب أو العنب على الشجر خرصا بتمر أو زبيب على الأرض كيلا فيما دون خمسة أوسق . أنظر مغنى المحتاج جـ٢ ص٩٣ .
=

قلـــنا : الحيوان قبل الذبح غير مطعوم ،لأنه (٦٣) لا يحل أكله ، (٦٤) والطين ان كان يقع فى دواء فانه يحرم فيه الربا (٦٥) وان لم يصلح لشئ فليس بمطعـــوم واكله سفه ، والمرايا يحرم فيها الربا (٦٦) ويعتبر فيها التساوى (٦٧) ، الا أن الخـرص فيها (٦٨) علم لمعرفة (٦٩) التساوى (٧٠) .

قالوا : علتكم لا تعبر عن حكمها فيما لا يكال ولا يوزن (٧١) .

قلنـا : جعل (٧٢) حكمها تحريم التفاضل بما قدر به (٧٣) ، فما كيل فبالكيـــل وماوزن فبالوزن ، ومالا يكال ولا يوزن فبالوزن فى أحد القولين (٧٤) ، ثم علتهـــم (٧٥)

= أى فهذه الاشياء مطعومة ثم لا يدخلها الربا ، فبطل ان يكون الطعم هـو علة التحريم فى الاصناف الربوية عندكم .

(٦٣) فى نسخة ((ب)) : ولانه .

(٦٤) أى اذا كان حيا فاذا ذبح أصبح لحما ، فيدخله الربا لانه يكون حينئـذ مطعوما لا قبله .
أى فاعتبار علة الطعم فى الربا انما هو باعتبار ما هو عليه وقت التعامـل ، لا قبله ولا بعده .

(٦٥) لانه يكون مطعوما حينئذ فيدخله الربا .

(٦٦) فى الاصل : (يحرم فيه الربا) .

(٦٧) أى لكونها مطعومة .

(٦٨) سقط الجار والمجرور (فيها) من نسخة ((ب)) / والخرص بفتح فسكـــون ، التقدير ، تقول خرصت النخل خرصا من باب قتل : حزرت تمره . أنظـــر المصباح ج١ ص١٧٩ .

(٦٩) فى الاصل : علم بمعرفة . / وهو تحريف .

(٧٠) أى بين الصنفين ، وبالعلم بالتساوى بينهما ينتفى الربا .

(٧١) أى مما يطعم ، حيث يوجد الطعم حينئذ وهو العلة أى عندكم ، ثـــم لا يوجد الحكم وهو تحريم الربا ، فتخلف الحكم عن علته هنا ، فلا يصـــح اعتبار الطعم علة لذلك .

(٧٢) فى نسخة ((ب)) : يجعل . / وما فى الاصل مبنى للمجهول .

(٧٣) أى قدره به المتعاقدان قل أو كثر .

(٧٤) أنظر المنهاج ص ٤٥ : والثانى بالكيل ، والثالث بعادة البلد ، والرابع يتخير ، والخامس باعتبار اصله .

(٧٥) فى نسخة ((ب)) : ثم علتهم أيضا . / وهو الكيل .

لا تعبر عن حكمها فى الحنطة فى السنبل (٧٦)، وعلتهم فى الوزن لا تعبر عن حكمها فى الزبن (٧٧).

* مسألة (١٣) : يحرم الربا فيما يطعم ولا يكال ، كالفواكه واليسير من الحنطة (١). / ٣٢ ى،

وقال أبو حنيفة : لا يحرم (٢).

---

(٧٦) لانها لا تكال حالة كونها فى السنابل مع كونها من الأصناف الربوية ، فلم تضطرد العلة وهى الكيل فى جميع صور الحكم وهذا من مبطلات العلة .

(٧٧) وهو الدفع تقول : زبنت الناقة حالبها زبنا من باب ضرب : دفعته برجلها فهى زبون بالفتح ومنه المزابنة وهى بيع الرطب فى رؤوس النخل بتمر كيلا . أنظر المصباح جـ١ ص ٢٦٨ .

والمقصود : ان الرطب والعنب يخرص على الشجر فى المزابنة ويعطى فى مقابله تمراً أو زبيبا بوزن معلوم فلم يتحقق الوزن فى الحالين والتمر والعنب من الأصناف الربوية ، فتخلفت العلة وهى الكيل أو الوزن فى هذه الصورة وهى المزابنة .

(١) المختصر ص ٧٧ : وما أكل أو شرب مما لا يكال ولا يوزن فلا يباع منه يابس برطب . أهـ . وأنظر الام جـ٣ ص ٢٥ . المجموع جـ٩ ص ٤٠٣ الوجيز جـ١ ص ١٣٦ : وفى معنى المطعومات كل ما يظهر فيه قصد الطعم وان لم يكن مقدرا حتى السفرجل والزعفران والطين الارموى لان علة ربا الفضل فيه الطعم ولكن فى المتجانسين . أهـ .

(٢) الهداية جـ٦ ص ١٥٣ . تبيين جـ٤ ص ٨٩ . مجمع الانهر جـ٢ ص ٨٤ .

وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى جـ٢ ص ١٩٤ . كشاف القناع جـ٣ ص ٣٤ . المغنى جـ٤ ص ٥ .

وبه يقول المالكية : القوانين ص ٢٧٩ . الجواهر جـ٢ ص ١٩ . الشرح الصغير جـ٢ ص ٢٦ : على الارجح . أهـ .

وهو قول ابن حزم لانه لا يحرم الربا فى غير الاصناف الستة المذكورة فى الحديث كما قلنا فى المسألة قبل هذه . أنظر المحلى جـ٩ ص ٥٠٣ .

لنـــا : حديث معمر (٣) وحديث عبادة (٤) ، ولانه مطعوم جنس، فأشـــبه (٥) الكثير من البر (٦) ، ولان ما حرم الربا في كثيره حرم في قليله كالذهب والفضة (٧).

قالوا : ليس بمكيل ولا موزون (٨) ، كالثياب (٩) .

---

(٣) في نسخة ((ب)) : لنا : ماروى معمر وماروى عبادة .

(٤) أنظر تخريجه هامش رقم (٤) في المسألة قبل هذه . ولفظه (ان النـبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الطعام بالطعام الا مثلا بمثـــل) .
والشاهد: انه ذكر الطعم دون الكيل ولم يقيد بالقليل أو الكثير.

(٥) أنظر تخريجه هامش رقم (٢٤) في المسألة قبل هذه . ولفظه (نهـــى عن بيع الذهب بالذهب والفضة بالفضة والتمر بالتمر والبر بالـــبر والشعير بالشعير والملح بالملح الا سواء بسواء عينا بعين فمـــن زاد أو استزاد فقد اربا) والشاهد فيه:الاطلاق في جميع الاصـــناف المذكورة فيشمل القليل منها والكثير.

(٦) حيث يحرم فيه الربا .
بجامع الطعم في كل من الاصل وهو الكثير من البر والفرع وهو القليـــل منـــه .
ولما كان حكم الاصل جريان الربا فيه ،كان حكم الفرع كذلك فيجرى الربا في قليله أيضا كذلك .

(٧) حيث يحرم الربا في كثيره وقليله .
بجامع حرمة الربا في كثيره ، في كل من الاصل وهو الذهب والفضة والفرع وهو الفواكه واليسير من الحنطة .
ولما كان حكم الاصل حرمة الربا في قليله ،كان حكم الفرع كذلك فيحـــرم الربا في يسير الحنطة أيضا لذلك .

(٨) أي الفواكه والقليل من الحنطة لا يجرى فيها الكيل ولا الوزن .

(٩) حيث لا يجرى فيها الربا .
بجامع انه ليس مكيلا ولا موزونا في كل من الاصل وهو الثياب والفرع وهـــو الفواكه واليسير من الحنطة ولما كان حكم الاصل هو جواز التفاضل فيـــه كان حكم الفرع كذلك فلا يحرم التفاضل فيه أيضا .

قلـــنا : يبطل بالحنطة في السنبل (١٠) وخواتم الذهب والفضة. (١١)

قالوا : القليل من الحنطة يضمن بالقيمة ، فهو كالثياب (١٢) .

---

(١٠) حيث لا يمكن كيلها ، ثم يحرم فيها الربا .

(١١) حيث يحرم فيها الربا ، مع كونها لا تباع وزنا ، أي فكان هذا نقضا منكم لاصلكم في علة تحريم الربا .

فان علة تحريم الربا عند الحنفية هي القدر والجنس ، ومعنى القدر: الكيل والوزن .

فاذا اختلف الجنس جاز التفاضل وحرم النساء ، واختلاف الجنس بأحد ثلاثة أشياء : اختلاف الاصل : كلبن ماعز ولبن بقر فلا يجرى الربا فيهما ، أو اختلاف المقصود : كصوف الغنم وصوف المعز ، والثالث : اختلاف الصنعة : كالخبز بالدقيق والزيت المطبوخ بغير المطبوخ ، فيجوز بيع الرطل من هذا برطلين من ذاك .

وأيضا يجوز بيع قمقمة من نحاس أو حديد بقمقمتين من جنسها يدا بيد ، وان كان النحاس والحديد موزونا ، لان للصنعة تأثيرا في تغير الاجناس ، فجاز ترك الوزن فيها ، لاصطلاح الناس عليه .

قالوا : ومحل عدم اعتبار الوزن مع اتحاد الجنس اذا دخلت الصناعة فيه ، هو ما اذا لم يكن ذلك الجنس أحد النقدين ، ذهبا أو فضة ، فان الذهب والفضة لا يجوز بيع بعضه ببعض متفاضلا وان دخلته الصناعة واصطلح الناس على ترك الوزن فيه ، والاقتصار على العد والصورة .

أنظر : الكفاية على الهداية جـ٦ ص ١٧٦ وفتح القدير جـ٦ ص ١٧٥ .

أى وقد كان يجب ان لا يدخله الربا أيضا لاختلاف الجنس بدخول الصنعة فيه ، فصح أن تعليلهم عدم تحريم الربا فيما يطعم ولا يكال كالفواكه واليسير من الحنطة ، بأنه غير مكيل ولا موزون ، غير صحيح ، لوجود هذه العلة في الحنطة في السنبل وفي خواتم الذهب والفضة ثم تخلف الحكم عنها ، فاجريتم الربا فيهما .

(١٢) حيث لا يجرى فيها الربا .

بجامع الضمان بالقيمة في كل من الاصل وهو الثياب والفرع وهو اليسير =

قلـــنا : بل يضمن بالمثل عندنا .(١٣)

* مسـألة (١٤) : لا يحرم الربا فيما يكال ولا يطعم ،كالجص.(١) / ١٣٢ ى .

= من الحنطة والفواكه .
ولما كان حكم الاصل عدم جريان الربا فيه ،كان حكم الفرع كذلك فلا يجرى الربـا في قليل الحنطة أيضا لذلك .

(١٣) لانه مثلى ،والمثلى يضمن بمثله سواء تلف أو اتلف فان تعذر المثلـــى فالقيمة . أنظر المنهاج ص٧٠ .

(١) فى المختار ص ١٠٤ : الجص بفتح الجيم وكسرها : مايبنى به وهـــو معرب . أهـ .
زاد فى المصباح جـ١ ص ١١١ : لان الجيم والصاد لا يجتمعان فى كلمة عربية ولهذا قيل الاجاص معرب . وجصصت الدار: عملتها بالجـــص، قال فى البارع: قال أبو حاتم : والعامة تقول : الجص، بالفتح ،والصواب الكسر، وهو كلام العرب وقال ابن السكيت نحوه .أهـ .
وفى دائرة معارف القرن العشرين جـ٣ ص ١٠٨ : والجص بالفتح -كذا- ماتطلى به البيوت من الكلس .أهـ . وفى اللسان جـ٧ ص١٠ : جصـــص الحائط وغيره طلاه بالجص. أهـ .
المختصر ص ٧٦-٧٧ : وكل ماخرج من -كذا والصواب عن - المأكـــول والمشروب والذهب والفضة فلا بأس ببيع بعضه ببعض متفاضلا الى أجـل وان كان من صنف واحد فلا بأس ان يسلف بعيرا فى بعيرين اريد بهمـا الذبح أو لم يرد ،ورطل نحاس برطلين . . .الخ .أهـ والجص مما خرج عما يؤكل أو يشرب وعن الذهب والفضة فلا يحرم فيه الربا .
الام جـ٣ ص١٨ : فجعلنا للاشياء أصلين :أصل مأكول فيه الربا ،وأصل متاع لغير المأكول لا ربا فى الزيادة فى بعضه على بعض .أهـ . والجـص غير مأكول فلا يحرم فيه الزيادة . وأنظر المجموع جـ٩ ص ٤٠١ .
والمالكية قائلون باعتبار الاقتيات،والادخار علة فى الأموال الربوية، وليس الجص مقتاتا ولا مدخرا فلا يجرى فيه الربا . أنظر علة الربا عندهم فـى القوانين ص ٢٧٩ . =

وقال أبو حنيفة : يحرم .(٢)

لنا : هو ان مالا يحرم الربا فى قليله لم يحرم فى كثيره(٣) ، كالثياب(٤)

ولا نه ليس بمطعوم ولا من جنس القيم ، فأشبه ماقلنا(٥) .

= اما ربا النساء فالعلة فيه الطعم على غير وجه التداوى عندهم . أنظر الشرح الصغير جـ٢ ص٢٤ الجواهر جـ٢ ص١٧ . القوانين ص٢٧٩ .
ويعدم تحريم الربا فيه يقول ابن حزم أيضا لانه يقصر تحريم الربا على الأصناف الستة . أنظر المحلى جـ٩ ص٥٠٣ .

(٢) الهداية جـ٦ ص١٥٣ . التبيين مع حاشية الشلبى عليه جـ٤ ص٨٥ . مجمع الانهر جـ٢ ص٨٤ .
وهو قول الحنابلة لان علة تحريم الربا فى الأصناف الستة الربوية كونها موزونة أو مكيلة اذا كانت من جنس واحد ، والجص مكيل فدخله الربا
أنظر شرح المنتهى جـ٢ ص١٩٣ . كشاف القناع جـ٣ ص٢٣٩ .
وذكر ابن قدامة عن أحمد ثلاث روايات فى علة تحريم الربا فى الأصناف الستة . .
الأولى : فى الذهب والفضة كونه موزون جنس وفى الأربعة البر والشعير والتمر والملح كونها مكيل جنس .
الثانية : فى الذهب والفضة الثمينة . وفى الاربعة كونها مطعوم جنس .
الثالثة : فيما عدا الذهب والفضة كونه مطعوم جنس مكيلا كان أو موزونا .
ونص على أن الأولى هى الاشهر منهن . أنظر المغنى جـ٤ ص٥ و ص٦ .

(٣) فى نسخة ((ب)) : فى كثيره ، لم يحرم فى قليله . / وهو خطأ .

(٤) حيث لا يجرى الربا فى قليله وكثيره .
بجامع عدم حرمة الربا فى قليله فى كل من الاصل وهو الثياب ، والفرع وهو الجص .
ولما كان حكم الاصل عدم جريان الربا فى كثيره ، كان حكم الفرع كذلك فلا يحرم الربا فى الجص أيضا لذلك .

(٥) فى نسخة ((ب)) : ماقلناه . / وهو القياس على الثياب بجامع كونه ليس =

قالوا : روى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : (لا تبيعوا الصاع بالصاعين) [٦] .

قلنا : الصاع يجوز بيعه بالصاعين ، فان اضمروا : الصاع بالصاعين من المكيل ، اضمرنا : من المطعوم [٧] .

قالوا : مكيل جنس : كالبر [٨] .

= مطعوما ولا من جنس القيم فى كل من الاصل وهو الثياب والفرع وهو مايكال ولا يطعم كالجص.

ولما كان حكم الاصل عدم جريان الربا فيه ، كان حكم الفرع كذلك فلا يجرى فى الجص أيضا لذلك .

(٦) رواه مسلم جـ٣ ص ١٢١٦ كتاب المساقاة . باب بيع الطعام مثلا بمثل رقم الحديث منه / ٩٨

ولفظه : عن أبى سعيد قال : كنا نرزق تمر الجمع على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو الخلط - بكسر الخاء وسكون اللام أى المخلوط من التمر فكنا نبيع صاعين بصاع فبلغ ذلك النبى صلى الله عليه وسلم فقال : لا صاعى تمر بصاع ولا صاعى حنطة بصاع ولا درهم بدرهمين . أهـ .

ورواه النسائى جـ٧ ص ٢٧٢ تحت عنوان بيع التمر بالتمر متفاضلا بلفظ مسلم .

ورواه ابن حزم فى المحلى جـ٩ ص٥٢٢ من طريق وكيع نا أبو جناب عن أبيه عن ابن عمر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم عند هذه السارية وهى يومئذ جذع نخلة : لا تبيعوا الدينار بالدينارين ولا الدرهم بالدرهمين ولا الصاع بالصاعين انى أخاف عليكم الرماء - والرما الربا - زاد بعضهم فقام اليه رجل فقال : يارسول الله يبيع الفرس بالافراس والنجيب - هو الفاضل من كل حيوان - بالابل . قال : لا بأس اذا كان يدا بيد . أهـ وقال فى ص٥٣٨ واما حديث ابن عمر فساقط لانه عن أبى جناب - وهو يحيى بن أبى حية الكلبى - ترك الرواية عنه يحيى القطان وعبد الرحمن بن مهدى ، وضعف وذكر بتدليس .

ثم هو عن أبيه وهو مجهول جملة ، أهـ .

(٧) أى وليس اضماركم بأولى من اضمارنا فهو معارض به .

(٨) حيث يجرى فيه الربا .

بجامع انه مكيل جنس فى كل من الاصل وهو البر والفرع وهو مايكال =

قلـــنا : البر يحرم فيه الربا وان لم يكن مكيلا وهو فى السنبل (٩) ، فلـــم يؤثر الوصف (١٠) .

* مسألة (١٥) : العلة فى الذهب والفضة انه من جنس القيم فى جنــس (١)

٠/٣٢١ى .

وقال أبو حنيفة : العلة انه موزون جنس (٢) .

لنا : ان مالا يحرم فيه التفرق قبل التقابض ، لم يكن من أموال الربا ، كالثياب (٣) ،

= ولا يطعم ، ولما كان حكم الاصل هو حرمة الربا فيه كان حكم الفرع كذلـــك فيحرم الربا فيما يكال ولا يطعم كالجص أيضا لذلك .

(٩) لانه مطعوم جنس وان لم يمكن كيله .

(١٠) وهو كونه مكيلا ، واذا لم يؤثر الوصف فقد بطل أن يكون ذلك الوصـــف وهو كونه مكيلا علة ، لأن العلة هى الوصف المؤثر فى الحكم .

(١) الام جـ٣ ص ١٥ : الوجيز جـ١ ص ١٣٦ . المجموع جـ٩ ص ٣٩٢ .
وبجعل العلة الثمينة فى الذهب والفضة يقول المالكية أيضا لكن هـــل هى مطلق الثمينة فيدخل فيها الفلوس من النحاس أم غلبة الثمينـــة فلا تدخل فيها الفلوس المذكورة على قولين . انظر : الفواكه الدوانـــى : جـ٢ ص ١١٢ . البلغة جـ٢ ص ٢٤ . أسهل المدارك جـ ٢ ص ٢٣٣ .
وأنظر أحكام ابن العربى جـ١ ص ٢٤٤ .

(٢) الهداية جـ٦ ص ١٤٧ . تبيين جـ٤ ص ٨٥ . مجمع الانهر جـ٢ ص ٨٤ .
وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى جـ٢ ص ١٩٣ . كشاف القنـــاع جـ٣ ص ٢٣٩ . وذكر فى المغنى جـ٤ ص ٥ رواية أخرى ان العلـــة فيه الثمنية .

واما ابن حزم فيقصر الربا على الأصناف الستة دون غيرها لأنـــه لا يقول بالتعليل أصلا . أنظر المحلى جـ٩ ص ٥٠٣ .

(٣) حيث لا يجرى فيها الربا .
بجامع عدم حرمة التفرق قبل التقابض فى كل من الاصل وهو الثياب والفرع وهو ماعدا الذهب والفضة كالنحاس والحديد ونحوهما .
ولما كان حكم الاصل عدم دخول الربا فيه ، كان حكم الفرع كذلك فلا يجـرى الربا فى غير الذهب والفضة أيضا لذلك .

ولانه ليس بمطعوم ، ولا من جنس القيم (٤)، فأشبه (٥) الطسوس، والقماقم (٦)، يؤكده انه لو حرم فيه (٧) الربا استوى معموله (٨)، وأصله (٩)، كالذهب والفضة (١٠)، ولانه لو كان

---

(٤) أى ليس مما تتقوم به الأشياء .

(٥) فى الاصل : فأشبه الطسوش ./ والصواب انها مهملة ، من الطست بتشديد الطاء وتسكين المهملة فتاء والجمع طساس وطسوس وطسات أنظر المختار ص ٣٩٢.
زاد فى المصباح جـ٢ ص ١٩ : قال ابن قتيبة : أصلها ـ الطست ـ طس فابدل من أحد المضعفين تاء لثقل اجتماع المثلين لانه يقال فى الجمع طساس مثل سهم وسهام . . . ـ وقد يذكر فتقول : طس ويؤنث فتقول : طسة ـ قال الزجاج : التأنيث أكثر كلام العرب وجمعها طسات على لفظها . قال السجستانى : هى أعجمية معربة . ولهذا قال الأزهرى : هى دخيلة فى كلام العرب لان التاء والطاء لا يجتمعان فى كلمة عربية . أهـ

(٦) فى نسخة ((ب)) : والقمام ./ والقمقم هو : آنية العطار ويطلق أيضا على آنية من نحاس يسخن فيه الماء . ويسمى المحم ، وأهل الشام يقولون : غلاية ، والقمقم رومى معرب وقد يؤنث بالهاء فيقال : قمقمة بالهاء ، والقمقمة : وعاء من صفر له عروتان يستصحبه المسافر والجمع قماقم ، أنظر المصباح جـ٢ ص ١٧٦.
والجامع فى القياس المذكور هو أنه ليس مطعوما ولا من جنس القيم فى كل من الاصل وهو الطسوس والقماقم والفرع وهو ماعدا الذهب والفضة .
ولما كان حكم الاصل عدم جريان الربا فيه ، كان حكم الفرع كذلك فلا يجرى الربا فيه أيضا لذلك ـ

(٧) أى فيما عدا الذهب والفضة .

(٨) أى ما دخلته الصناعة منه .

(٩) أى مالم تدخله الصناعة .

(١٠) حيث يستوى معمولهما وغيره فى جريان الربا فيه .
أى والحال انه لا يستوى معمول غير الذهب والفضة مع غير معموله .
فدل على أنه يخالف الذهب والفضة فى الحكم أيضا .

العلة الوزن لما جاز اسلام(١١) الاثمان في الموزونات(١٢)، لان كل شيئين جمعتهما(١٣) علة واحدة في الربا، لم يجز اسلام بعضها في بعض، كالذهب والفضة(١٤) والبر والشعير(١٥).

قالوا: روى أن النبي صلى الله عليه (وسلم) نهى عن بيع الصاعين من تمر بصاع(١٦)، ثم قال(١٧): وكذلك(١٨) الميزان(١٩).

---

(١١) من السلم، وهو عقد على موصوف في الذمة ببدل يعطى عاجلا. أهـ وسمى سلما لتسليم رأس المال في المجلس. أنظر تصحيح التنبيه ص٦٨.

(١٢) لتأخر قبض المسلم فيه عن المجلس، أي والحال انه يجوز اسلام الاثمان في الموزونات، فبطل التعليل في تحريم الربا في الذهب والفضة انه موزون جنس.

(١٣) في نسخة ((ب)): جمعهما.

(١٤) حيث جمعتهما علة واحدة وهي الثمنية، فلا يجوز اسلام بعضها في بعض لتأخير القبض فيها عن المجلس.

(١٥) حيث جمعتهما علة واحدة وهي الطعم فلا يجوز اسلام بعضها في بعض لتأخر القبض عن المجلس فيها.

(١٦) اشارة الى رواية أخرى في الحديث، غير التي سبق تخريجها في هامش رقم (٦) في المسألة قبل هذه.

(١٧) أي النبي صلى الله عليه وسلم.

(١٨) رواه مسلم جـ٣ ص ١٢١٥ كتاب المساقاة. باب بيع الطعام مثلا بمثل، رقم/ ٩٤ من طريق سعيد بن المسيب ان أبا هريرة وأبا سعيد حدثاه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم بعث أخا بني عدي الانصاري، فأستعمله على خيبر، فقدم بتمر جنيب - من أعلى أنواع التمر - فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: اكل تمر خيبر هكذا؟ قال: لا والله يارسول الله انا لنشترى الصاع بالصاعين من الجمع، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تفعلوا، ولكن مثلا بمثل، أو بيعوا هذا واشتروا بثمنه من هذا وكذلك الميزان. أهـ.

ورواه البخاري جـ٤ ص٢٠٨ كتاب الاعتصام، باب اذا اجتهد العامل أو الحاكم فأخطأ خلاف الرسول من غير علم فحكمه مردود من طريق ابن المسيب عن أبي هريرة وأبي سعيد.

(١٩) في نسخة ((ب)): وكذلك الميزان في يحرم فيه الربا. /ويبدو أن حرف=

قلـــنا : المراد به الميزان فيما يحرم فيه الربا [٢٠] ، وعندنا الصـــــفر [٢١] والحديد [٢٢] لا يحرم فيه الربا [٢٣] ؛

قالوا : موزون جنس كالذهب والفضة [٢٤] .

= (فى) زائد اذ لامعنى لوجوده لتمام المعنى بدونه، والشاهد فيـــه: الاطلاق فى قوله : وكذلك الميزان أى سواء كان من أموال الربا أو لـــم يكن .

(٢٠) سقط قوله (المراد به الميزان فيما يحرم فيه الربا) من نسخة((ب)) ، والظاهر أنه قد التبس الامر على الناسخ فأدخل بعض كلام المؤلـــف في بعض واسقط بعضـا ، والصواب ماهو مرقوم فى الاصل هنا .
ومراده بما يحرم فيه الربا : الذهب والفضة المذكوران فى حديـــث الاصناف الربوية .

(٢١) الصفر بوزن القفل وكسر الصاد لغة ،وهو النحاس، أنظر المصـــباح جـ١ ص ٣٦٧ .
وفى المختار ص ٣٦٤ : والصفر بالضم الذى يعمل منه الاوانى وأبوعبيدة يقوله بالكسر.أهـ .

(٢٢) فى نسخة((ب)) : وعندنا الصفر والنحاس والحديد . / والصفر هـــو النحاس فزيادته لا معنى لها الا أن تكون من باب عطف الشئ على نفسه أو ان يكون مادة غير النحاس تصنع منها الاوانى كما نقلنا عن المختار ص٣٦٤ .

(٢٣) لانه ليس من الثمنيات. / قال فى المجموع جـ٩ ص ٣٩٥ ولا خلاف فى شـــئ من هذا عندنا الا وجها حكاه المتولى والرافعى عن أبى بكر الاودنى مـــن أصحابنا المتقدمين انه قال :لا يجوز بيع مال بجنسه متفاضلا سواء كـــان مطعوما ،أو نقدا ،أو غيرهما ،وهذا شاذ ضعيف.أهـ.

(٢٤) حيث يجرى فيهما الربا .
بجامع انه موزون جنس فى كل من الاصل وهو الذهب والفضة والفرع وهـــو ماعدا الذهب والفضة من الموزونات .
ولما كان حكم الاصل دخول الربا فيهما ،كان حكم الفرع كذلك فيدخـــل الربا فيما عداهما من الموزونات أيضا لذلك .

قلـــنا : ذاك (٢٥) يحرم فيه التفرق قبل التقابض ، وهذا (٢٦) بخلافه .

قالوا : علتكم لا تفيد الا مايفيد النص ، فلم تصح (٢٧) .

قلنا : بل تفيد بيان العلة (٢٨) ، والنص لا يفيد (٢٩) ذلك (٣٠) وتفيد المنع مــــن قياس غيره عليه (٣١) ، والنص لا يفيد ذلك (٣٢) ، ولانهم عللوا الخمر بالاسم (٣٣) وان لم يفــد الا مايفيد النص (٣٤) .

---

(٢٥) اشارة الى الذهب والفضة .

(٢٦) فى نسخة ((ب)) : وهنا بخلافه . / أى حيث يجوز التفرق قبل التقابض فيه . والاشارة عائدة الى ماعدا الذهب والفضة .
واذ هو بخلاف الذهب والفضة فقياسه عليه باطل لان القياس مع الفارق باطل .

(٢٧) لانها تقصر الحكم على الذهب والفضة لكون العلة وهى كونها من جنس القيم ليست موجودة فى غيرهما فلا يمكن تعديتها ، وهذا هو عين ما يحمله النص ، فلم يكن لهذه العلة تأثير فيه ، اذ من شأن العلة ان تنقـــل الحكم من الاصل المنصوص عليه الى الفرع المقيس الذى لم يرد فيـــه النص .

(٢٨) أى الوقوف عليها ومعرفتها .

(٢٩) لأن الوارد فيه مجرد التحريم ، فيكون فى معرفة العلة وتحديدهـــا فائدة زائدة على النص وهى عدم تعديته الى غيره لان العلة فيـــه غير موجودة فى غير الذهب والفضة .

(٣٠) سقط اسم الاشارة (ذلك) من نسخة ((ب)) .

(٣١) سقط الجار والمجرور (عليه) من نسخة ((ب)) . / أى يفيد أن العلـــة فى هذا النص قاصرة .

(٣٢) فى نسخة ((ب)) : والنص لا يفيد لانهم عللوا . . . الخ .

(٣٣) أى أنهم عللوا تحريم الخمر باسمها ، أى بكونها خمرا ، لانها تخامر العقل وتغطيه ولذلك اباحوا النبيذ لان اسم الخمر لا ينطبق عليه ، فانه لا يسمى خمرا .

(٣٤) وهذا يوجب انهم ذكروا علة لا تتعدى الى غير ماورد به النص ، فلم يفـــد ذلك التعليل ، فهذه كمسألتنا ولا فرق ، أى فما كان جوابا لهم هنـــا كان جوابا لنا أيضا .

* مسألة (١٦) : لا يجوز التفرق قبل التقابض فى بيع الطعام بالطعام[1]

٠/ ١٣٢ ى .

وقال أبو حنيفة : يجوز.[2]

لنا : ماروى عبادة[3] أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : (بيعوا[4] الذهب بالفضة يدا بيد كيف شئتم ، والبر بالشعير مثل ذلك ، والتمر بالملح مثل ذلك يدا بيد كيف شئتم)[5].

---

(١) أى بأن كانا مختلفى الجنس كالبر بالشعير ، والا بان اتحدا فيه فلا يجوز التفرق قبله قطعا .
أنظر المختصر ص٧٧ : فاما اذا اختلف الصنفان فلا بأس متفاضلا يدا بيد .أهـ
الام جـ٣ ص٢١ : ولا بأس بالحنطة مثلا بمثل ويدا بيد ولا يفترقان حتى يتقابضا وان تفرقا قبل أن يتقابضا فسد البيع بينهما .أهـ . وأنظر الوجيز جـ١ ص١٣٦ . المجموع جـ٩ ص٤٠٥ .
وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى جـ٢ ص١٩٩ . كشاف القناع جـ٣ ص٢٥١ وص٢٥٢ . المغنى جـ٤ ص١٠ .
وبه يقول المالكية : القوانين ص٢٧٩ فيحرم التفرق قبل التقابض سواء كان المال المبيع مطعوما بمطعوم أو ربويا بغير ربوى متفقا فى الجنس أو مختلفا عنه الا عقاقير الأدوية كالصبر والمحمودة فيجوز فيها النسيئة .
وأنظر الفواكه الدوانى جـ٢ ص١١٣ . المنتقى جـ٤ ص١٥٨ و ص٢٧٦ .
وهو قول ابن حزم : المحلى جـ٩ ص٥٤١ .

(٢) الهداية جـ٦ ص١٦٠ . التبيين جـ٤ ص٨٩ . مجمع الانهر جـ٢ ص٨٥ .

(٣) هو ابن الصامت . أنظر ترجمته فى المسألة رقم (١٢) هامش (٢٢) .

(٤) سقط لفظ الامر (بيعوا) من نسخة ((ب)) .

(٥) رواه مسلم جـ٣ ص١٢٠٩ كتاب المساقاة . رقم الحديث/ ٨١ .
ورواه الترمذى جـ٣ ص٥٤١ باب ماجاء أن الحنطة بالحنطة مثلا بمثل كراهية التفاضل فيه ، رقم الحديث/ ١٢٤٠ ولفظه عن عبادة بن الصامت مرفوعا : الذهب بالذهب مثلا بمثل والفضة بالفضة مثلا بمثل والتمر بالتمر مثلا بمثل والبر بالبر مثلا بمثل والملح بالملح مثلا بمثل والشعير بالشعير=

فان قيل : المراد به نقدا بنقد[٦]، لانه أمر[٧] أن يعقد به والعقد لا يعقد بالقبض ،

قيل : حقيقة اليد القبض[٨]، ولانه في الذهب[٩] أراد ماقلناه[١٠]، والعقد يعقد بالقبض وهو أن لا يفارق[١١] حتى يقبض، فيوصف العقد به[١٢]، ولانه[١٣] أحد[١٤] جهات الربا فلم يختص به الذهب والفضة، كالتفاضل وتحريم النساء[١٥]. ولان

= مثلا بمثل فمن زاد أو ازداد فقد اربا. بيعوا الذهب بالفضة كيف شئتم يدا بيد وبيعوا البر بالتمر كيف شئتم يدا بيد، وبيعوا الشعير بالتمر كيف شئتم يدا بيد .أهـ ثم قال الترمذي : حديث عبادة حديث حسن صحيح . أهـ .

وبنحوه عن عبادة أيضا رواه النسائي جـ٧ ص٢٧٦ تحت عنوان بيع الشعير بالشعير .

ورواه ابن ماجه جـ٢ ص٧٥٧ باب الصرف ومالا يجوز متفاضلا يدا بيد . رقم /٢٢٥٤ .

ورواه أبو داود بلفظ قريب مما هنا جـ٣ ص٢٤٨ باب في الصرف. رقم/ ٣٣٤٩

ومعنى قوله يدا بيد : ان يعطيه البائع المبيع بيد ويتناول الثمن باليد الاخرى. وقيل : ان يقبضه في المجلس قبل التفرق . انظر النظم المستعذب جـ١ ص٢٧٢ .

(٦) سقط قوله (بنقد) من نسخة ((ب)) . / أي بلا اجل .

(٧) في نسخة ((ب)) : ولانه أمن . / وهو تحريف .

(٨) أي والاصل حمل اللفظ على حقيقته، ولا يصرف عنه الا بقرينة .

(٩) أي في بيع الذهب بالذهب .

(١٠) أي التقابض قبل التفرق .

(١١) في نسخة ((ب)) : وهو أن لا يفارقه .

(١٢) أي بالقبض .

(١٣) أي عدم التقابض في المجلس .

(١٤) في الاصل : ولانه احدى . / والمقصود بجهات الربا مداخله .

(١٥) حيث لا يختص بالذهب والفضة بل يعم المطعومات أيضا .

والجامع في القياس المذكور هو أنه أحد جهات الربا في كل من الأصل وهو التفاضل والنساء والفرع وهو عدم التقابض . =

ولأن ما حرم فيه الربا من جهة النساء[16] حرم فيه التفرق قبل التقابض، كالذهب والفضة.[17] وما حرم فيه التفاضل حرم فيه التفرق قبل التقابض ، كالذهب والفضة.[18]

فان قيل : ذاك صرف[19] ، وذلك يقتضي القبض لانه من صرف يد الى يد .

قيل : لا نسلم بل من صرف الثمن الى الثمن ، والدليل عليه ان القبض حكم يثبت بالشرع،[20]

والصرف اسم ثابت قبل الشرع.[21]

= ولما كان حكم الاصل التحريم فيه ،كان حكم الفرع كذلك فيحرم التفرق قبل التقابض أيضا لذلك .

(١٦) بان كان مطعوما مختلف الجنس ، كبر بشعير .

(١٧) حيث يحرم التفرق فى بيع أحدهما بالاخر قبل التقابض.
بجامع تحريم الربا فيه من جهة النساء ، فى كل من الاصل وهو الذهب والفضة ، والفرع وهو المطعومات .
ولما كان حكم الاصل تحريم التفرق فيه قبل التقابض كان حكم الفرع كذلك فيحرم التفرق قبل التقابض فيه أيضا لذلك .

(١٨) بجامع تحريم التفاضل فى كل من الاصل وهو الذهب والفضة والفرع وهو المطعومات .
ولما كان حكم الاصل تحريم التفرق قبل التقابض فيه ،كان حكم الفرع كذلك فيحرم التفرق قبل التقابض فى بيع الطعام بالطعام أيضا لذلك .

(١٩) أى بيع الذهب بالذهب أو بالفضة . والمقصود ان المطعومات لا تقاس على الذهب والفضة فى وجوب التقابض لان الذهب والفضة صرف فيقتضى التقابض والطعام بالطعام ليس بصرف فلا يشترط فيه التقابض قبل التفرق .

(٢٠) أى فلم يكن معروفا قبل ورود الشرع به .

(٢١) أى فلو حملنا الحديث على ماقالوا ، لما كان له فائدة ،فتعين حمله على معنى جديد وهو أنه من باب صرف الثمن الى الثمن لتتم به فائدة جديدة .

فان قيل : الذهب والفضة لا يتعين، (٢٢) فاعتبر فيه القبض، حتى يتعين فلا يتفرقان عن دين. (٢٣)

قلنا : عندنا يتعين، (٢٤) ثم المصوغ (٢٥) منهما قد تعين بالعقد، ثم يعتبر فيه القبض. (٢٦)

قالوا : عقد على غير جنس الاثمان، (٢٧) فأشبه الثياب. (٢٨)

قلنا : الطعام كالاثمان فى جميع أنواع الربا، (٢٩) فكذلك فى تحريم التفرق (٣٠) والثياب ليس من أموال الربا، (٣١) وهذا من أموال الربا، (٣٢) فهو كالذهب والفضة. (٣٣)

---

(٢٢) فى المختار ص ٤٦٧ : تعيين الشئ تخليصه من الجملة. أهـ أى لا يقع التعامل على شئ منهما بعينه، وهذا فيما اذا كان الذهب والفضة غير مصوغة. بأن كان نقدا مضروبا أى مسكوكا فانها لا تتعين فى التعامل بل تتعلق بالذمة.

(٢٣) فى نسخة ((ب)) : فلا يتفرقا. / بسقوط النون.

(٢٤) أنظر المجموع جـ٩ ص٣٢٢.

(٢٥) اسم مفعول من الصياغة، تقول : صاغ الرجل الذهب يصوغه صوغا : جعله حليا، فهو صائغ وصواغ. أنظر المصباح جـ١ص٣٧٧.

(٢٦) أى فثبت ان التعيين وعدمه لا يؤثر فى وجوب التقابض فى الحالين.

(٢٧) وهو المطعومات.

(٢٨) حيث لا يجب فيها التقابض.

بجامع ان كلا عقد على غير جنس الاثمان فى كل من الاصل وهو الثياب والفرع وهو بيع الطعام بالطعام.

ولما كان حكم الاصل عدم اشتراط التقابض فيه، كان حكم الفرع كذلك فيجوز التفرق قبل التقابض فى بيع الطعام بالطعام أيضا لذلك.

(٢٩) وهى ربا الفضل والنساء واليد. أى فيعتبر فيه القبض كالاثمان.

(٣٠) أى قبل التقابض.

(٣١) لانها ليست من الاثمان ولا من المطعومات. أنظر المجموع جـ٩ص٤٠٣.

(٣٢) أى فكان بين الاصل والفرع فى قياسهم الطعام على الثياب فارق اذ ليس الثياب من الاموال الربوية بخلاف الطعام، والقياس مع الفارق باطل.

(٣٣) بجامع ان كلا من الاموال الربوية اما الاصل فهو الذهب والفضة واما الفرع فهو الطعام بالطعام.

* مسألة (١٧) : يجوز ابدال عوض الصرف(١) بعد التفرق في أحد القولين(٢) ٠/ ١٣٢ش ٠

وقال أبو حنيفة : لا يجوز.(٣)

لنا : ان ما جاز ابداله قبل التفرق ، جاز ابداله بعد التفرق ، مع بقاء العقد ، كالثمن في البيع.(٤)

---

(١) أي ابداله مع العاقد ، أي فيكون اقالة في ذلك العوض ، واما ابداله مع غير العاقد فيجوز بعد التفرق لا قبله لانه قبل التفرق لم يملك العوض بعد ، لكون العقد انما يلزم بالتفرق.
والصرف هو بيع النقد بالنقد من جنسه وغيره ، كبيع ذهب بذهب أو فضة بفضة أو فضة بذهب أو عكسه ، أنظر مغني المحتاج جـ٢ ص٢٥ ٠
وفي المصباح جـ١ ص ٣٦٢ : صرفت الذهب بالدراهم : بعته . واسم الفاعل من هذا : صيرفي وصيرف ، وصراف للمبالغة. أهـ .
والاصل في الصرف : رد الشيء من حالة الى حالة أو ابداله بغيره. أ هـ المفردات ص ٢٧٩ ٠

(٢) لم أقف على قول الشافعية في هذه المسألة .
وبه يقول ابن حزم : المحلي جـ٩ ص ٥٨١ ٠

(٣) فتح القدير جـ٦ ص٢٦٣ ٠ تبيين جـ٤ ص١٣٦ ٠ مجمع الانهر جـ٢ ص١١٧ ٠
وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى جـ٢ ص ٢٠٥ ٠ كشاف القناع جـ٣ ص٢٥٨
وذكر في المغني جـ٤ ص٥٣ رواية أخرى انه يجوز ابدالها .
ولم أقف على قول المالكية في هذه المسألة .

(٤) حيث يجوز ابداله بعد التفرق .
بجامع جواز ابداله قبل التفرق ، في كل من الاصل وهو الثمن في البيع ، والفرع وهو بدل الصرف .
ولما كان حكم الاصل جواز ابداله بعد التفرق كان حكم الفرع كذلك فيجوز ابدال عوض الصرف بعد التفرق أيضا لذلك .

قالوا : اذا أبدل ، حصل القبض بعد المفارقة ، فلم يجز، كما لو تفرقا ، ثم تقابضا . (٥)

قلنا : في الأصل (٦) تفرقا عن غير قبض ، وها هنا (٧) تفرقا عن قبض (٨) ، وانما طرأ عليه الرد (٩) وما يطرأ لا يقدح ، الا ترى أن الرجوع بالارش (١٠) يوجب جهالة الثمن (١١) ، ولكن لما طرأ بعد العقد لم يقدح (١٢) .

---

(٥) حيث لا يجوز ذلك . والجامع في القياس المذكور هو حصول القبض بعد المفارقة في كل من الاصل وهو مالو تفرقا ثم تقابضا والفرع وهو مالو ابدل عوض الصرف بعد التفرق .
ولما كان حكم الاصل بطلان العقد به ، كان حكم الفرع كذلك فلا يجوز ابدال عوض الصرف بعد التفرق أيضا لذلك .

(٦) أي المقيس عليه وهو مالو تفرقا ثم تقابضا .

(٧) أي في ابدال عوض الصرف بعد التفرق .

(٨) أي وهذا فارق يبطل به قياسهم المذكور .

(٩) في نسخة ((ب)) : وانما طرأ عليه البدل . / أي وذلك اقالة في المبتدل من العوض .

(١٠) أي فيما له الرجوع بالارش فيه . أنظر المنهاج ص ٤٨ .
وفي المصباح جـ١ ص ١٥ : ارش الجراحة : ديتها ، والجمع أروش مثل فلس وفلوس . أهـ
والمراد انه اذا باع شيئا ثم وجد المشتري في المبيع عيبا فله الرجوع بارش ذلك العيب ، وعرفه في المنهاج بأنه : جزء من ثمن المبيع نسبته اليه نسبة مانقص العيب من القيمة لو كان سليما . ص ٤٨ .

(١١) لان الارش لم يكن معلوما وقت العقد .

(١٢) أي في أصل العقد فلا يبطله .

* مسألة (١٨) : لا يحرم النساء[1] فيما لا ربا فيه[2] . / ١٣٢ ش .
وقال أبو حنيفة : يحرم في الجنس الواحد[3] .

---

(١) في المصباح جـ ٢ ص ٢٧٣ : النسيء مهموز على فعيل ، ويجوز الادغام لانه زائد وهو التأخير ، والنسيئة على فعيلة مثله ، وهما اسمان من نسأ الله أجله من باب نفع وانسأه بالالف اذا أخره ، ويتعدى بالحرف أيضا فيقال : نسأ الله في أجله وأنسأ فيه ، ونسأته البيع وأنسأته فيه أيضا . أهـ
وفي تصحيح التنبية ص ٦٤ : النساء بالمد : التأجيل . أهـ وهو بفتح النون . ومثله في النظم المستعذب جـ ١ ص ٢٧٢ وزاد : ومثله النسأة بالضم ، ومنه الحديث : أنسأ الله في أجله ، أي أخره وقوله تعالى : أنما النسيء زيادة في الكفر - التوبة آية / ٣٧ - أهـ .

(٢) المختصر ص ٧٦ و ص ٧٧ : وكل ما خرج من المأكول والمشروب والذهب والفضة فلا بأس ببيع بعضه ببعض متفاضلا الى أجل وان كان من صنف واحد . أهـ الام جـ ٣ ص ٢٣ : فان كان من هذه الادهان شيء لا يؤكل ولا يشرب بحال أبدا لدواء ولا لغيره فهو خارج من الربا فلا بأس أن يباع واحد منه بعشرة منه يدا بيد ونسيئة وواحد منه بواحد من غيره وباثنين يدا بيد ونسيئة ، انما الربا فيما أكل أو شرب بحال وفي الذهب والورق . أهـ . وأنظر المجموع جـ ٩ ص ٤٠٤ .
وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى جـ ٢ ص ٢٠٠ . كشاف القناع جـ ٣ ص ٢٥٢
وقد ذكر في المغني جـ ٤ ص ١٢ رواية أخرى انه يحرم .

(٣) الهداية جـ ٦ ص ١٥٣ . تبيين جـ ٤ ص ٨٧ . مجمع الانهر جـ ٢ ص ٨٥ .
واما المالكية فذهبوا الى أن النساء يحرم في كل مطعوم على غير وجه التداوي سواء كان مقتاتا مدخرا أم لا . أنظر الشرح الصغير جـ ٢ ص ٢٤ .
الجواهر جـ ٢ ص ١٧ . القوانين ص ٢٧٩ .
واما ابن حزم فذهب الى قصر ربا الفضل والنساء على الاصناف الستة دون غيرها . أنظر المحلى جـ ٩ ص ٥٤١ . وأنظر ص ٥٨٧ حيث نص على جواز بيع اللحم باللحم يدا بيد ونسيئة .

لنـــا : ماروى عبد الله بن عمرو [٤]، [٥] أن النبى صلى الله عليه (وســـلم) أمره أن يجهز جيشا ، فنفدت [٦] الابل ، فأمرنى رسول الله صلى الله عليه (وسلم) أن آخذ فى [٧] قلاص الصدقة [٨] ، فكنت آخذ البعير بالبعيرين الى الصدقـــة [٩] ،

---

(٤) فى نسخة ((ب)) : عبد الله بن عمر . / بلا واو والصواب مافى الاصل .
وأنظر ترجمته فى المسألة رقم (٤) هامش (٣١) .

(٥) فى نسخة ((ب)) : ان رسول الله صلى الله عليه وسلم .

(٦) فى المختار ص ٦٧١ : نفد الشئ بالكسر نفادا فنى .أهـ

(٧) فى نسخة ((ب)) : ان آخذ من . / ومافى الاصل هو الثابت فى الحديث.

(٨) جمع قلوص - بفتح فضم - قال فى المختار ص ٥٤٨ : والقلوص من النـــوق الشابة ؛ وهى بمنزلة الجارية من النساء ، وجمعها قلص بضمتين وقلائص مثل : قدوم وقدم وقدائم ، وجمع القلص - بضمتين - قلاص . أهـ . بكســـر الاول .
والمراد : ان آخذ البعير من الأغنياء بالبعيرين دينا على بيت المـــال فأردها عليهم من ابل الزكاة عند حلولها .

(٩) رواه أبو داود جـ٣ ص ٢٥٠ باب الرخصة فى ذلك - أى فى بيع الحيوان بالحيوان نسيئة . رقم الحديث / ٣٣٥٧ .
قال المنذرى : فى اسناده محمد بن اسحاق ، وقد اختلف أيضا على محمد ابن اسحاق فى هذا الحديث ذكر ذلك البخارى وغيره . وحكى الخطابى ان فى اسناد حديث عبد الله بن عمرو أيضا مقالا . أهـ مختصر سنن أبـــى داود جـ٥ ص ٢٩ رقم / ٣٢١٨ .
ورواه البيهقى جـ٥ ص ٢٨٧ باب الحيوان وغيره مما لا ربا فيه بعضـــه ببعض نسيئة . ثم قال : اختلفوا على محمد بن اسحاق فى اسناده وحماد ابن سلمة أحسنهم سياقة له ، وله شاهد صحيح - قلت عند الدارقطـنى جـ٣ ص ٦٩ رقم / ٢٦١ وصححه النووى المجموع جـ٩ ص ٤٠٠ أهـ .
وقال الحاكم فى المستدرك جـ٢ ص ٥٧ : حديث صحيح على شرط مسـلم ولم يخرجاه . أهـ الا أن الزيلعى نقل فى النصب جـ٤ ص ٤٧ عن ابــــن القطان قوله : هذا حديث ضعيف مضطرب الاسناد - فذكر طرقه ثم قال =

ولانه أحد[١٠] جهات الربا ، فلم يتعلق بجميع الاموال ، كالتفاضل . والتفرق قبل القبض ،[١١] فأشبه الجنسين ،[١٢] ولانه لا يحرم[١٣] فيه التفرق قبل القبض ، فأشبه الجنسين ،[١٤] ولانه ليس[١٥] من أموال الربا ،[١٦] فلا يحرم فيها[١٧] الربا من جهة

= ومع هذا الاضطراب فعمرو بن حريش - أحد رجال السند - مجهول الحال ومسلم بن جبير - أيضا - لم أجد لهذكرا ولا أعلمه فى غير هذا الاسناد وكذلك مسلم مجهول الحال أيضا اذا كان عن أبى سفيان وأبو سفيان فيه نظر. أهـ وقال فى المجموع جـ٩ ص ٤٠٠ : رواه أبو داود وسكت عليه فيقتضى أنه حسن . . . وان كان فى اسناده نظر. أهـ

(١٠) فى الاصل : ولانه احدى . / والضمير عائد الى النساء .

(١١) حيث لا يتعلقان بجميع الاموال ، بل بما يجرى فيه الربا منها فقط.

(١٢) أى مما لا ربا فيه كبقر بغنم أو ثياب صوف بثياب قطن ، حيث يصح بيع أحدهما بالاخر نسيئة. بجامع أنه أحد جهات الربا ، فى كل من الاصل وهو بيع الجنسين ،
والفرع وهو الجنس الواحد مما لا ربا فيه .
ولما كان حكم الاصل جواز بيع بعضه ببعض نسيئة ، كان حكم الفرع كذلك فيجوز بيع مالا ربا فيه نسيئة أيضا لذلك .

(١٣) قوله (ولانه لا يحرم فيه التفرق قبل القبض ، فأشبه الجنسين) ساقط من نسخة ((ب)) والضمير عائد الى مالا ربا فيه ، وهو رأس المسألة .

(١٤) أى المختلفين حيث يجوز بيع بعضهما ببعض نسيئة ، كبقر بغنم .
بجامع جواز التفرق قبل القبض فى كل من الاصل وهو الجنسان المختلفان والفرع وهو مالا ربا فيه .
ولما كان حكم الاصل جواز البيع فيه نسيئة كان حكم الفرع كذلك فيجوز بيع مالا ربا فيه نسيئة أيضا لذلك .

(١٥) أى مالا ربا فيه من الاموال .

(١٦) وهى الثمنيات كالذهب والفضة والمطعومات .

(١٧) فى نسخة ((ب)) : فيهما .

النساء كالهروى (١٨) والمروى (١٩) .

فان قيل : ذاك بالصنعة (٢٠) صار (٢١) جنسين ، كالتمر (٢٢) والنخل (٢٣) :

---

(١٨) نوع من الثياب ، تنسب الى بلدة هراة فى خراسان . أنظر المصباح جـ ٢ ص ٣١٠ .
وهراة : مدينة عظيمة من أمهات مدن خراسان ، ليس فى خراسان أجل ولا أعظم ولا أفخم ولا أكثر أهلا منها ، فيها بساتين كثيرة ومياه غزيرة ، محشوة بالعلماء وأهل الفضل والثراء ، ثم نكبها التتار سنة ٦١٨ وجعلوها أثرا بعد عين . أنظر دائرة القرن العشرين جـ ١٠ ص ٤٨٣ .

(١٩) نوع من الثياب أيضا ، نسبة الى مرو من بلاد خراسان ، بينها وبين هراة أحد عشر يوما كما بينها وبين نيسابور كذلك . أنظر المصباح جـ ٢ ص ٣١٠ .
وفى ص ٢٣٥ فى النسبة اليه تقول : مروى بسكون الراء على لفظه - أى مرو - أهـ . والجامع فى القياس المذكور هو انه ليس من أموال الربا فى كل من الاصل وهو الثياب المروية والهروية والفرع وهو مالا ربا فيه من الاموال .
ولما كان حكم الاصل جواز بيعه نسيئة ، كان حكم الفرع كذلك فيباع مالا ربا فيه نسيئة أيضا لذلك .

(٢٠) فى المختار ص ٣٧١ : الصناعة بالكسر حرفة الصانع ، وعمله الصنعة بفتح فسكون - أهـ . والمقصود أن الثياب الهروية والمروية دخلتها الصناعة فجعلتها جنسين مختلفين .

(٢١) فى نسخة ((ب)) : صارا . / بالتثنية .

(٢٢) فى نسخة ((ب)) : كالثمرة والنخل . / والمراد بالنخل الرطب والله أعلم .

(٢٣) حيث يجوز بيع بعضه ببعض نسيئة لاختلاف الجنسين فيه لدخول الصنعة فى التمر بتجفيفه .
بجامع الايلولة الى جنسين فى كل من الاصل وهو الرطب والتمر . حيث دخلته الصنعة بالتجفيف والتلقيح ، والفرع وهو الثياب الهروية والمروية .
ولما كان حكم الاصل جواز بيع أحدهما بالاخر نسيئة كان حكم الفرع كذلك فيجوز بيع الهرى بالمروى نسيئة أيضا لذلك .

قلنا : بل هي (٢٤) جنس واحد ، لان أصلها واحد واسمها واحد (٢٥) ، فهي كالمصوغ وغير المصوغ من الذهب (٢٦) ، بخلاف النخل والتمر (٢٧) .

قالوا : روى جابر (٢٨) أن النبي صلى الله عليه (وسلم) قال : (الحيوان واحد باثنين لا يصلح نسيئة) (٢٩) .

---

(٢٤) أي الهروية والمروية من الثياب .

(٢٥) سقط قوله (واسمها واحد) من نسخة ((ب)) . / اما وحدة أصلها فلكونها من القطن ، واما وحدة اسمها فلتسميتها جميعا بالثياب .

(٢٦) بجامع وحدة الاسم والجنس في كل من الاصل وهو الذهب مصوغا وغير مصوغ ، والفرع وهو الثياب هروية وغير هروية منسوجة وغير منسوجة .
والمراد هنا مجرد التنظير بين الثياب الهروية والمروية بأن جنسها واحد ، وبين الذهب المصنوع وغير المصنوع بأن جنسه واحد .

(٢٧) حيث هما جنسان مختلفان عندكم لاختلاف أسمائهما ، فانه يقال لاحدهما تمر وللآخر رطب ، وليس لهما اسم واحد يجمعهما كما هو الحال في الهروي والمروي من الثياب .

(٢٨) هو جابر بن عبد الله بن عمرو بن حرام الانصاري . شهد العقبة ، ولم يشهد بدرا ، ولا أحدا ، اذ منعه أبوه ، فلما قتل والده لم يتخلف بعدها وقد كان آخر أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم موتا ، مات بالمدينة سنة ثمان وسبعين عن أربع وتسعين سنة . أنظر الاصابة ج١ ص ٢١٣ .

(٢٩) رواه الترمذي ج٣ ص ٥٣٩ باب ما جاء في كراهية بيع الحيوان بالحيوان نسيئة . رقم / ١٢٣٨ من طريق الحجاج بن أرطأة عن أبي الزبير عن جابر مرفوعا : الحيوان اثنان بواحد لا يصلح نسيئا ولا بأس به يدا بيد أهـ ثم قال : هذا حديث حسن صحيح . أهـ لكن نقل عنه في النصب ج٤ ص ٤٨ تحسينه فقط . وهذا راجع الى اختلاف نسخ الترمذي .
ورواه ابن ماجه ج٢ ص ٧٦٣ كتاب التجارات باب الحيوان بالحيوان متفاضلا يدا بيد . من طريق الحجاج عن أبي الزبير عن جابر أيضا مرفوعا ((لا بأس بالحيوان واحد باثنين يدا بيد)) وكرهه نسيئة . أهـ رقم / ٢٢٧١ =

قلـــنا : يرويه الحجاج بن ارطأة، وهو متروك (٣٠)، ثم نحمله عليـــه (٣١)

= وقد اكتفى فى الدراية أيضا جـ٢ ص١٥٩ بنسبته للترمذى وقوله فيـــه : حديث حسن .
قلت : وانما لم يصححوه لان فيه الحجاج بن ارطأة وهو مختلف فيـــه والاكثر على تضعيفه أنظر الميزان جـ١ ص٤٥٨ رقم/١٧٢٦ قال : أحـد الاعلام على لين فى حديثه .أهـ فنزل عن رتبة رجال الحديث الصحيح .
كما ان فيه أيضا أبا الزبير مختلف فيه أيضا ضعفه شعبة وأبو حاتم وأبوزرعة والشافعى قبلهم وذهب ابن حزم الى رد ما عنعن فيه فقط الا مارواه عنـه الليث فقط . واسم أبى الزبير : محمد بن مسلم بن تدرس. أنظر الميزان جـ٤ ص٣٧ رقم/٨١٦٩ .

(٣٠) قال فيه ابن معين : ليس بالقوى وهو صدوق يدلس. وقال يحى بن يعلى المحاربى : امرنا زائدة ان نترك حديث الحجاج بن ارطأة.
وقال أحمد بن حنبل : سمعت يحيى - يعنى ابن معين - يذكر ان حجاجا لم ير الزهرى - يعنى وكان يروى عنه - وكان - أى يحيى - سئ الرأى فيه - يعنى الحجاج- جدا ، مارأيت اسوأ رأيا فى أحد ، منه فى حجـــاج وابن اسحاق وليث وهمام لا نستطيع ان نراجعه فيهم. أهـ .
وكذا ضعفه النسائى والدارقطنى وغيرهما ، وكان فيه تيه وكبر وهـــو أول من ارتشى من القضاة بالبصرة .
الا أن شعبة قال : اكتبوا عن الحجاج بن ارطأة وابن اسحاق فانهـــما حافظان .
وقال أبو حاتم : اذا قال حدثنا فهو صالح لا يرتاب فى صدقه وحفظه .
وخلاصة القول فيه انه أحد الاعلام على لين فى حديثه . توفى سنة ١٥٤ .
أنظر الميزان جـ١ ص٤٥٨ رقم /١٧٢٦ .

(٣١) أى على معنى النهى ، وذلك فيما اذا سلمنا بصحة الحديث المذكور.

اذا دخل النساءفيها[٣٢]، ويكون فى معنى نهيه عن بيع الكالئ بالكالئ[٣٣].

قالوا : الجنس أحد وصفى علة تحريم التفاضل[٣٤]، فحرم النساء فى غير الأثمان[٣٥]

---

(٣٢) فى الاصل (فيها) بالافراد والصواب التثنية، ومراده بقوله : فيهما ، أى فى الحيوان بالحيوان ، أى فى الثمن والمثمن .

(٣٣) يعنى الدين بالدين . يشير الى الحديث الذى رواه ابن أبى شيبة واسحاق بن راهويه . والبزار فى مسانيدهم من حديث موسى بن عبيدة واخطأ الدارقطنى والحاكم فروياه عن موسى بن عقبة نص على ذلك البيهقى جـ٥ ص٢٩٠ باب ماجاء فى النهى عن بيع الدين بالدين - عن عبد الله ابن دينار عن ابن عمر قال : نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم ان يباع كالئ بكالئ - يعنى دينا بدين - انتهى ، ورواه ابن عدى فى الكامل واعله بموسى بن عبيدة ، ونقل تضعيفه عن أحمد ، قال فقيل لاحمد : ان شعبة يروى عنه ، قال : لو رأى شعبة مارأينا منه لم يرو عنه .

قال ابن عدى : والضعف على حديثه بين . أنظر فى جميع ذلك النصب جـ٤ ص٤٠ .

ورواه الدارقطنى عن موسى بن عقبة عن نافع عن ابن عمر أن النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الكالى بالكالى وقال : هو النسيئة بالنسيئة . أهـ الدارقطنى جـ٣ ص ٧٢ رقم/ ٢٧٠ .

ورواه الحاكم جـ٢ ص٥٧ وقال : صحيح على شرط مسلم ، ولم يخرجاه .

وقد غلطهما البيهقى كما قلنا وقال : انما هو موسى بن عبيدة الربذى . أهـ

(٣٤) والوصف الثانى هو الكيل أو الوزن عندهم ، واما عند الشافعية فهو الطعم .

(٣٥) أى فى غير الذهب والفضة . أى أيضا ، لأن الجنس أحد وصفى علة الربا فى غير الاثمان أيضا .

والمراد : ان الجنس مؤثر فى التفاضل ، فليكن مؤثرا فى النساء .

كالوصف المضموم اليـــه (٣٦) .

قلـــنا : تحريم النساء في الاثمان وغيرها واحد (٣٧) ، فلا يؤثر (٣٨) ، واذا اسقط (٣٩) انتقض (٤٠) بالوزن في اسلام الاثمان في (٤١) الموزونات (٤٢) . ثم الوصف المضموم اليه (٤٣) يختـــص بما يحرم التفاضل في نقد كل واحد منهما (٤٤) ، والجنس بخلافه (٤٥) .

---

(٣٦) أي الى الجنس وهو صفة الكيل أو الوزن ، حيث يحرم معه النساء .
بجامع انه أحد وصفي تحريم التفاضل في كل من الاصل وهو الوصـــف المضموم الى الجنس ، والفرع وهو الجنس الواحد .
ولما كان حكم الاصل تحريم النساء فيه ، كان حكم الفرع كذلك فيحـــرم النساء في الجنس الواحد أيضا لذلك .

(٣٧) أي حيث يجوز التفاضل ويحرم النساء ، مع اختلاف الجنس في الاثمـــان وغيرها . فلا أثر لاتحاد الجنس في تحريم النساء .

(٣٨) أي الجنس .

(٣٩) أي الجنس .

(٤٠) أي قولكم بأنه كالوصف المضموم اليه .

(٤١) سقط حرف الجر (في) من نسخة ((ب)) .

(٤٢) أي فان الكل موزون ، ثم جاز النساء فيه مع ذلك .

(٤٣) أي الى الجنس من كيل أو وزن .

(٤٤) أي يختص بالربويات .
وانما يحرم التفاضل في كل من الكيل أو الوزن فيما اذا كان المبيعـــان متحدي الجنس .

(٤٥) أي بخلاف الوصف المضموم الى الجنس وهو القدر ، أي الكيل أو الـــوزن فانه أعم حيث يجري في الربويات وغيرها . واذ هو بخلافه فلا يصـــح قياس أحدهما على الآخر .

قالوا : قد يسلم ثوبا فى ثوب فيرده (٤٦) عليه فى المحل (٤٧) ، فيصير العوض هو المعوض وذلك لا يجوز .

قلنا : انما لا يجوز ذلك (٤٨) فى وقت واحد ، فأما فى وقتين فيجوز (٤٩) ، كما لا يجوز أن يكون الشئ ملكا لرجلين فى وقت واحد ، ويجوز فى وقتين ثم يبطل به اذا صرف دينارا فى دينار ، وقبضه (٥٠) المصروف اليه ، ثم رده اليه فى المجلس (٥١) .

قالوا : قد يسلم ثوبين فى ثوب ، فيرد عليه أحدهما ويمسك الآخر وذلك اكل مال بالباطل (٥٢) .

قلنا : الاكل بالباطل مايؤخذ بالغصب (٥٣) ،

---

(٤٦) سقط الضمير فى (فيرده) من نسخة ((ب)) .

(٤٧) بفتح الميم فحاء مهملة مكسورة ، أى وقت حلول الاجل .

(٤٨) أى جعل الثمن فى البيع هو المثمن .

(٤٩) لانه بقبضه الثوب صار ملكا لمبعد التفرق ، فاذا رده على الذى اسلمه اياه كان ذلك بيعا له ممن ملكه ملكا صحيحا الى شخص آخر سواء كان صاحب الأول أو غيره فالبيع صحيح لانه انتقل بالبيع من مالكه الثانى الى الأول .

(٥٠) فى نسخة ((ب)) : فقبضه .

(٥١) حيث يجوز له ذلك لانه بقبضه للدينار صار مالكا له فدل على أن احتمال صيرورة العوض هو المعوض فى بيع مالا ربا فيه نسيئة ، لا تأثير له .

(٥٢) أى لأخذه الثوب الذى أمسكه من غير مقابل .

(٥٣) وهو أخذ الشئ ظلما وبابه ضرب . تقول : غصبه منه وغصبه عليه ، والاغتصاب مثله . أهـ المختار ص ٤٧٥ .

وهو فى الشرع : الاستيلاء على حق الغير عدوانا . أهـ تصحيح التنبيه ص ٧٩ .

والسرقة[٥٤]، فأما هذا فهو تجارة عن تراض ولهذا قال الله تعالى (ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل الا أن تكون تجارة عن تراض)[٥٦].

* مسألة (١٩) : لا يجوز بيع دينار صحيح ودينار قراضة[١] بدينارين صحيحين ولا دينارين قراضة[٢]. / ١٣٣ ى.

---

(٥٤) بفتح السين وكسر الراء ، ويجوز اسكان الراء مع فتح السين وكسرها .
يقال : سرق منه مالا وسرقه مالا يسرقه سرقا بفتح السين والراء .
أنظر تصحيح التنبيه ص ١٤٩ .
وفى القاموس جـ٣ ص ٢٤٤ اطلق السرقة على من جاء مستترا الى حرز فأخذ مالا لغيره . أهـ .
وهى شرعا : أخذه خفية ظلما من حرز مثله بشروط . أهـ مغنى المحتاج جـ٤ ص ١٥٨ .

(٥٥) أى فى اسلام الثوبين فى ثوب ثم رد أحدهما وامساك الآخر .

(٥٦) النساء آية / ٢٩ والاستثناء فى الاية منقطع ليس من جنس الأول ، هذا هو الصحيح وقيل متصل وتقديره : لا تأكلوها بسبب الا أن تكون تجارة .
وهذا ضعيف لانه قال : بالباطل والتجارة ليست من جنس الباطل ، وفى الكلام حذف مضاف تقديره : الا فى حال كونها تجارة أو فى وقت كونها تجارة . أنظر املاء مامن به الرحمن جـ١ ص ١٧٧ .

(١) بضم القاف : فعالة من القرض وهو القطع ، لانها تقرض أى تقطع كالنخالة والبراية . النظم المستعذب جـ١ ص٢٧٣ .
وفى تصحيح التنبيه ص٦٥ : القراضة بضم القاف : قطع الذهب والفضة . أهـ .
وقال عميرة جـ٢ ص١٧٤ : القراضة : التى تقرض من الدينار لتستعمل فى شراء الحاجة اللطيفة مثلا . أهـ

(٢) ومحل المسألة : اذا كانت قيمة المكسر دون قيمة الصحيح للتفاضل الحاصل بينهما حينئذ . المنهاج ص٤٦ . المجموع جـ١٠ ص٧٦ . فتح العزيز جـ٨ ص١٧٦ ثم حكى عن صاحب التقريب - للهروى - حكاية وجه ان صفة الصحة فى محل المسامحة . أهـ . أى لانه يكون بيع عن تراض .

وقال أبو حنيفة : يجوز.(٣)

لنـا : ماروى فضالة بن عبيد(٤) قال : أتى رسول الله صلى الله عليه (وسلم)

---

(٣) الهداية جـ٦ ص ٢٧٤ وعبارته : ويجوز بيع درهم صحيح ودرهمى غلـة بدرهمين صحيحين ودرهم غلة ، والغلة مايرده بيت المال ويأخـذه التجار.أهـ .

قال الكمال فى الفتح فى نفس الصفحة: والغلة مايرده بيت المال لا للزيافة بل لانها دراهم مقطعة مكسرة يكون فى القطعة ربع وثمن واقل وبيت المال لا يأخذ الا الغالى .أهـ . وفى الدر المنتقى جـ٢ ص ١١٩ : غلة بفتـح فتشديد .أهـ

وأنظر التبيين جـ٤ ص ١٣٩ . وذكر فى مجمع الانهر جـ٢ ص١١٩ أن ذفر خالف فى ذلك فمنعه .

وهو قول الحنابلة: شرح المنتهى جـ٢ ص١٩٨ . كشاف القناع جـ٣ ص٢٤٩ وقد ذكره فى المحرر قولا آخر عن أحمد . أنظر المحرر جـ١ ص٣٢٠ . وفى المقنع ص ١٠٩ مايفيد أن فى حكاية المذهب فى هذه المسألة طريقين، أحدهما: اثبات ان للامام فيها رأيين وثانيهما: ان ذلك جائز قولا واحدا.

واليه ذهب المالكية : حيث نص فى اسهل المدارك جـ٢ ص٢٢٥ علـى التسوية بين الدراهم والدنانير الصحيحة والمكسورة .

وبه يقول ابن حزم : المحلى جـ٩ ص٥٠٧ والتى تليها .

(٤) هو فضالة بن عبيد الانصارى الاوسى ،أبو محمد .

شهد أحدا وبيعة الرضوان ، وولى قضاء دمشق ، له خمسون حديثـا روى عنه عبد الرحمن بن محيريز ومحمد بن كعب . قال المدائنى : مـات سنة ثلاث وخمسـين . روى له البخارى ومسلم وأصحاب السـنن الأربعة . أنظر الخلاصة ص ٣٠٨ .

عام خيبر بقلادة(٥) فيها خرز(٦) معلقة(٧) بذهب ، ابتاعها رجل بسبعة دنانير أو تسعة دنانير ، فقال صلى الله عليه (وسلم) حتى(٨) تميز بينه وبينه ، فقال الرجل : انما أردت الحجارة ، فقال : لا حتى تميز بينهما فرده حتى تميز بينهما(٩).

فان قيل : يحتمل أن يكون الثمن مثل الذهب الذى مع الخرز ، فلذلك ابطل(١٠)،

---

(٥) وهى ما يجعل فى العنق . أنظر القاموس جـ١ ص ٣٣٠ . وهى هنا ما تجعله المرأة من الحلى فى عنقها تتزين به .

(٦) جمع خرزة ، بفتح الاول والثانى ، وهى الجوهر وما ينظم . أنظر القاموس جـ٢ ص ١٧٥ .

(٧) فى النظم المستعذب جـ١ ص ٢٧٣ : يروى بالعين المهملة والقاف وبالغين المعجمة والفاء والأول معناه لها عرى من ذهب تعلق بها والثانى معناه مغشاة أى مغطاة والغلاف الغطاء . أهـ

(٨) سقط من نسخة ((ب)) : قوله : حتى تميز بينه وبينه فقال الرجل : انما أردت الحجارة فقال .

(٩) رواه بهذا اللفظ أبو داود جـ٣ ص ٢٤٩ باب فى حلية السيف تباع بالدراهم . رقم / ٣٣٥١ .
ورواه مسلم جـ٣ ص ١٢١٣ بنحوه ، باب بيع القلادة فيها خرز وذهب . رقم / ٨٩ .
ورواه الترمذى جـ٣ ص ٥٥٦ باب ما جاء فى شراء القلادة وفيها ذهب وخرز ، رقم / ١٢٥٥ ثم قال : حديث حسن صحيح . أهـ .
وبنحوه رواه النسائى جـ٧ ص ٢٧٩ تحت عنوان : بيع القلادة فيها الخرز والذهب بالذهب .

(١٠) لان من شرط صحة هذا البيع عندهم أن يكون الثمن أكثر من الذهب الذى مع الخرز فان كان أقل منه أو مثله بطل البيع .
وحاصل مذهب الحنفية : ان رجلين لو تبايعا فضة بفضة أو ذهبا بذهب ، =

ولهذا روى فضالة قال : اشتريت يوم خيبر قلادة باثنى عشر دينارا ، فيها ذهب وخرز ففصلتها (١١) فوجدت فيها أكثر من اثنى عشر دينارا ، فقال صلى الله عليه (وسلم) : لا تباع حتى تفصل . (١٢) ومثل ذلك لا يجوز. (١٣)

= وأحدهما أقل ، ومع أقلهما شئ آخر تبلغ قيمته باقى الفضة ، جاز البيع من غير كراهة ، وان لم تبلغ فمع الكراهة ، وان لم يكن له قيمة كالتراب لا يجوز البيع أصلا ، لتحقق الربا فيه ، لكون الزيادة حينئذ لا يقابلها عوض. أنظر الهداية جـ٦ ص ٢٦١ وعلى ذلك فلا بأس ببيع السيف المحلى بالفضة اذا كانت الفضة أكثر من الفضة التى فى السيف ، وكذلك الامر فى بيع السيف المحلى بالذهب . لان الفضة أو الذهب التى فى السيف تقابل بمثلها من الذهب أو الفضة المشتراة به ، ويبقى الفضل قيمة السيف .

واما اذا كان قيمة الفضة أو الذهب التى فى السيف مساوية للثمن فلا يصح البيع حينئذ ، لان المشترى يكون قد أخذ السيف بلا عوض وذلك من أكل مال الناس بالباطل فيبطل .

(١١) فى نسخة ((ب)) : ففصلتهما . / أى الذهب عن الخرز . وعلى الافراد يعنى بها القلادة .

(١٢) رواه بهذا اللفظ مسلم جـ٣ ص ١٢١٣ باب بيع القلادة فيها خرز وذهب . رقم / ٩٠ . ورواه به أيضا أبو داود والترمذى والنسائى ، أنظر هامش رقم (٨) فى هذه المسألة .

(١٣) لانه من باب بيع الذهب بالذهب ، ويشترط لصحته المماثلة وهى معدومة فى هذا البيع لقوله : فوجدت فيها أكثر من اثنى عشر دينارا . فكانت هذه الزيادة فيه خالية عن العوض ، وذلك ربا فيحرم .

قيـــل : هذه[١٤] زيادة في السبب[١٥] ، ولانه لم يستفصل[١٦] ، ولان في العادة لا تباع خرز وذهب بمثل مامعه من الذهب[١٧] ، لاسيما وقد قال : انما اردت الحجارة[١٨] ، فدل على أن الذهب كان يسيــــرا[١٩] . ولانه لم يعلل بنقصان الثمن بل علل بعدم

---

(١٤) في نسخة ((ب)) : هذا . / أي تعليلكم .

(١٥) أي ان قولكم بأن الثمن اذا كان أكثر من الذهب أو الفضة المختـــلطين في المبيع يصح البيع وان كان مساويا أو اقل منه لا يصح ، زيادة فـــي سبب البطلان الوارد في الحديث وهو عدم العلم بالمماثلة .

(١٦) أي النبي صلى الله عليه وسلم ، اذ لم يستفصل عن مساواة مافـــــي القلادة من ذهب لما دفعه من ثمن أو نقصه ، والقاعدة ان : تـــرك الاستفصال في وقائع الاحوال ينزل منزلة العموم في المقال .

(١٧) فدل على بطلان قولهم : انه اذا كان الثمن مثل الذهب أو أقل بطــــل البيع ، لاننا لو حملنا الحديث عليه لبطلت فائدته .

(١٨) أي التجارة كما ورد ذلك صريحا في رواية أخرى عند أبي داود جـ ٣ ص ٢٤٩ باب في حلية السيف تباع بالدراهم رقم / ٣٣٥١ . وأنظـــر مختصر سنن أبي داود جـ ٥ ص ٢٥ رقم / ٣٢١٣ .
والحجارة المذكورة في الحديث يعني بها الخرز . والمعنى : انمـــا قصدت ان يكون الذهب الذي هو الثمن : بعضه بازاء الذهــــب الذي هو مع الخرز مصارفة ، وبعضه بازاء الحجارة التي هـــــي الخرز بيعا وتجارة الا أن النبي صلى الله عليه وسلم نهاه عــــن ذلك حتى يميز بينهما فتكون حصة المصارفة متميزة عن حصة المتاجـــرة حتى يعلم مابينهما من التماثل .
أنظر معالم السنن جـ ٥ ص ٢٣ رقم / ٣٢١٢ .

(١٩) أي والثمن أكثر منه ، ومع ذلك ابطله النبي صلى الله عليه وسلم .

التمييز،[٢٠] والخبر الذى ذكروه حديث آخر،[٢١] ونحن نقول بهما،[٢٢] وهم لا يقولون بما رويناه.[٢٣]

فان قيل: هو حجة لنا،[٢٤] فانه قال: لا حتى تميز،[٢٥] ومابعد الغاية مخالف لما قبلها فدل على انه يجوز اذا ميزه.[٢٦]

قلنا: المراد به، التمييز فى العقد،[٢٧] بدليل انه جعله شرطا

---

(٢٠) بقوله : لا تباع حتى تفصل ،أى الخرز عن الذهب . وذلك حتى تعلم المماثلة.

(٢١) أى فى حادثة أخرى .

(٢٢) أى بالحديثين ، اما أحدهما فهو الذى فيه ان رجلا اشترى قلادة، واما الثانى فهو ان فضالة هو الذى اشترى القلادة .
وفى الاصل (بها) بالافراد .

(٢٣) يعنى الحديث الذى فيه ان رجلا اشترى قلادة . . الخ . أى فلم يبطلوا البيع فيما اذا كان الذهب المخلوط بغيره اقل من الثمن المدفوع ،بل اجازوه بدون أن يفصل بينهما .
والمراد اننا اعملنا الروايتين معا فابطلنا بيع ما اختلط فيه الذهب مع غيره مطلقا ،سواء كان الذهب الذى فيه اكثر أو مثل أو أقل . وهم عملوا برواية واحدة فاجازوا ذلك البيع اذا كان الثمن اكثر من الذهب المخلوط بغيره فى المبيع ، ومنعوه اذا كان مثله أو أقل ، فكان قولنا أولى .

(٢٤) أى الحديث الذى احتج به الشافعية، وهوالذى فيه ان رجلا اشترى قلادة

(٢٥) أى بين الذهب والخرز فى القلادة المذكورة .

(٢٦) أى حتى اذا فصل الخرز عن الذهب ولو بعد العقد صح البيع.

(٢٧) اى ادراك المماثلة والعلم بها حال العقد ، لا بعده .
بأن تفصلهما ثم تبيع كلا من الذهب بعقد والخرز بعقد آخر.

لجواز البيع ، والتمييز فى النظر ليس بشرط ، ولان العوض ينقسم على المعوض بالقيمة ، والدليل عليه اذا اشترى سيفا وشقصا (٢٨) ، فانه يقسم الثمن عليهما على القيمة (٢٩) فى الشفعة ، وفى الرد بالعيب (٣٠) ، ويدل عليه (٣١) أن عندهم لا يجوز أن يشترى ما باعه قبل قبض الثمن بأقل مما باع (٣٢) ، ثم لو باع عبدا بألف واشتراه مع عبد أكثر قيمة منه بألفين (٣٣) لم يصح البيع (٣٤) ، لانه عاد اليه عبده بالقسمة (٣٥) بأقل مما باع .

---

(٢٨) بكسر الشين وتسكين القاف هو القطعة من الارض والطائفة من الشئ
أنظر المختار ص ٣٤٣ .

(٢٩) أى على قيمتهما مجموعين . وصورته : ان يشترى سيفا وشقصا من دار ، بمائة فاذا كانت قيمة السيف عشرون ، فالشقص بثمانين ، فيكون للشفيع حق الشفعة فى الثمانين .

(٣٠) أى وفى حال رد أحدهما بالعيب .

(٣١) أى على انقسام العوض على المعوض بالقيمة .

(٣٢) أنظر الهداية جـ٦ ص٦٨ . وسبب عدم الجواز المذكور هو ان الثمن لم يدخل فى ضمانه . أنظر ص ٧٠ منه . أى واذ لم يدخل فى ضمانه فلا يجوز له التصرف فيه لانه لم يملكه ملكا تاما .

(٣٣) أنظر المثال عندهم فى الهداية جـ٦ ص٧١ .
وصورة ذلك : انه اذا باع عبده بألف ثم اشتراه مع آخر أكثر قيمة بالفين فمعنى ذلك ان العبد الاخر قيمته أكثر من ألف ، لتكن ألفا ومائتين مثلا ، وحيث قد اشتراهما بألفين فتكون قيمة عبده ثمانمائة ، وقد باعه بألف .
فيكون قد اشتراه بأقل مما باعه قبل قبضه ، وذلك حيلة فى الربا ، وهو ما يسمى ببيع العينة .

(٣٤) لانه ذريعة الى الربا . كما بينا فى الهامش قبل هذا .

(٣٥) أى فيما لو قسم الثمن على العبدين مما على الشيوع .
وأنظر الهداية جـ٦ ص٧١ .

فان قيـــل : لا ن تحريم هذا (٣٦) يخفى ، ولهذا خفى على زيد بن أرقم ، (٣٧)

---

(٣٦) أى شراء ماباعه بأقل مما باعه قبل قبض الثمن ، وهو ما يسمى ببيع العينة .

(٣٧) هو زيد بن أرقم بن زيد الخزرجى ، شهد الخندق ، وغزا سبع عشـــرة غزوة ، نزل الكوفة . له تسعون حديثا ، رمد فعاده النبى صلى الله عليه وسلم وكان من خواص على بن أبى طالب . مات سنة ست وستين ، وقال الهيثم : سنة ثمان .

أنظر الخلاصة ص ١٢٦ .

يشير الى ما رواه الدارقطنى جـ٣ ص ٥٢ رقم / ٢١١ عن يونس بن أبـــى اسحاق عن أمه العالية قالت : خرجت انا وام محبة الى مكة فدخلنـــا على عائشة فسلمنا عليها ، فقالت لنا : من انتن ؟ قلنا : من أهـــل الكوفة . قالت : فكأنها اعرضت عنا فقالت لها أم محبة : يا أم المؤمنـــين كانت لى جارية وانى بعتها من زيد بن ارقم الانصارى بثمانمائة درهـــم الى عطائه ، وانه اراد بيعها ، فابتعتها منه بستمائة درهم نقدا ، قالت : فأقبلت علينا فقالت : بئسما شريت وما اشتريت ، فأبلغى زيدا انه قـــد ابطل جهاده مع رسول الله صلى الله عليه وسلم الا أن يتوب ، فقالـــت لها : ارأيت ان لم آخذ منه الا رأس مالى ، قالت : فمن جاءه موعظـــة من ربه فانتهى فله ما سلف . أهـ قال الشيخ - يعنى الدارقطـــــنى - : ام محبة - بضم فكسر . نصب جـ٤ ص ١٦ - والعالية مجهولتان لا يحتـــج بهما . أهـ .

ورواه البيهقى جـ٥ ص ٣٣٠ باب الرجل يبيع الشئ الى اجل ثم يشـــتريه بأقل ، ثم نقل عن الشافعى ما يوجب ضعف هذا الاثر فى ص ٣٣١ . أنظـــر قول الشافعى المذكور فى المختصر ص ٨٥ باب الرجل يبيع الشئ الـــى أجل ثم يشتريه بأقل من الثمن .

الا أن الزيلعى نقل فى النصب جـ٤ ص ١٦ عن صاحب التنقيح قولـــــه : هذا اسناد جيد وان كان الشافعى قال : لا يثبت مثله عن عائشـــــة وكذلك الدارقطنى قال فى العالية : هى مجهولة لا يحتج بها ، فيه نظـــر =

واجازه الشافعى،[٣٨] ولعل العاقد عقد على رأيهم،[٣٩] وتحريم التفاضل لا يخفى ، فوجب أن يكون قصد الوجه الجائز .

قيل : لو قصد الجائز لما جمعا[٤٠] فى الصفقة ، ولان قصد المتبايعين المعاوضة ، والمغابنة فلا يجوز أن يترك مقصودهما لاجل الصحة ، ثم يبطل هذا[٤١] بمن باع رطل حديد ودرهما برطلين حديد[٤٢] ، فان تحريم الربا فى ذلك[٤٣] قد يخفى[٤٤] ، وقد اجازه الشافعى[٤٥] ، ثم لم يقسم على القيمة.[٤٦]

= فقد خالفه غيره . أهـ .

ثم نقل عن ابن الجوزى قوله : قالوا : العالية امرأة مجهولة لا يقبل خبرها .

قلنا : بل هى امرأة معروفة جليلة القدر ، ذكرها ابن سعد فى الطبقات فقال : العالية بنت ايفع بن شراحيل امرأة أبى اسحاق السبيعى سمعت من عائشة . أهـ . النصب جـ٤ ص١٦ .

(٣٨) فى المختصر ص ٨٥ .

(٣٩) أى على رأى القائلين بجواز ذلك وهم الشافعية .

(٤٠) أى العبدان ، فانهما مبيعان جمعا فى صفقة واحدة .
وكذلك بيع السلعة ثم شراؤها قبل قبض الثمن فانهما عقدان فى صفقة واحدة ، أو فى بيع العبد بألف ثم شراؤه مع آخر أكثر قيمة منه بألفين .

(٤١) أى تعليلكم حملنا العقد فى مسألة العبدين ومسألة بيع ما اشتراه بأقل مما باع قبل قبض الثمن على الصحة ، بأن التحريم فيه قد يخفى .

(٤٢) فى نسخة ((ب)) : برطلى حديد . / على الاضافة ، وما فى الاصل على التمييز .

(٤٣) أى بيع رطل حديد ودرهما برطلى حديد .

(٤٤) لان فيه صرفا وبيعا ، فلا يدرى بايهما يلحق ، أى ثم حرمتموه مع أن التحريم فيه قد يخفى ، فتعليلكم هناك معارض بقولكم بالتحريم هنا فى هذا العقد .

(٤٥) لان علة الربا فى الذهب والفضة عنده كونهما اثمانا ، فلا يدخل الربا فى غيرهما من المعادن . أنظر المختصر ص٧٧ .

(٤٦) أى ثم لم يقسم الثمن فى هذا العقد على القيمة ليصح العقد ، بل قلتم بفساده .

فان قيـــل : هناك وجوه كثيرة للصحة ،بأن يجعل للعبد الأول ألف (٤٧) ، ومافوقه درهما درهما (٤٨) الى ان (٤٩) يبقى درهم ، يجعل للعبد الثانى ، واذا كثـرت الوجوه (٥٠)، صار ماقابل الأول (٥١) من هذه الاثمان مجهولا (٥٢)، فبطل (٥٣)، كما لو بـــاع بثمن ، وفى البلد نقود (٥٤).

قيل : هذا (٥٥) يبطل به اذا استأجر دارا بعشرة ، واحدث فيها عمارة (٥٦) ،

---

(٤٧) فى نسخة ((ب)) : ألفا ./ بالنصب .
ولعل فى النسختين سقطا ، والصواب : بان يجعل للعبد الاول دون ألف أى ثم يجعل للثانى درهم درهم الى أن يساوى الاول ، ثم يجعل الباقى للثانى نظير زيادته فى القيمة .

(٤٨) سقط قوله (درهما) الثانى من نسخة ((ب)) ./

(٤٩) فى نسخة ((ب)) : الا ./ وهو خطأ اذ لا يتناسب مع مابعده .

(٥٠) أى وجوه تصحيح العقد فى مسألة العبدين .

(٥١) أى ماقابل ثمن العبد الاول .

(٥٢) لعدم معرفة الثمن الحقيقى للعبد الأول من هذه الاثمان التى أوردت فى وجوه تصحيح العقد .

(٥٣) لان معرفة السلعة والثمن شرط فى صحة البيع .

(٥٤) أى متنوعة فلا يدرى على أى النقود يحمل ذلك الثمن المطلق .
بجامع مجهولية الثمن فى كل من الاصل وهو مالو باع بثمن وفى البلـــد نقود .
والفرع وهو مالو باع عبدا بألف واشتراه مع عبد أكثر قيمة منه بألفين قبـل القبض .
ولما كان حكم الاصل البطلان ، كان حكم الفرع كذلك .

(٥٥) أى قولكم بأن الوجوه اذا كثرت صار ماقابل الاول من هذه الاثمان مجهولا فيبطل .

(٥٦) أى فصارت الدار بها أكثر قيمة منها قبل احداث العمارة فيها .

واكراها بأحد عشر (٥٧) فانه يمكن أن يجعل فى مقابلة الدار درهم (٥٨)، ومازاد درهما (٥٩) الى أن يبقى درهم فى مقابلة العمارة (٦٠)، فيبطل العقد (٦١)، ثم لم يجعل (٦٢) بل جعل قدر رأس المال فى مقابلة الدار، والزيادة فى مقابلة العمارة، وصحح العقد (٦٣).

---

(٥٧) فى نسخة ((ب)) : باحدى عشر. / وهو خطأ اذ لا مجال للتأنيث هنا لان المعدود وهو الدنانير فذكر.

(٥٨) فى نسخة ((ب)) : درهما. / تصح اذا اعتبرت (يجعل) مبنيا للمعلوم.

(٥٩) منصوب بفعل محذوف تقديره : ومازاد عن الدرهم وهو باقى الثمن نضيفه درهما درهما.

(٦٠) أى التى أحدثها المستأجر فى الدار.

(٦١) لمجهولية الاجرة فى الدار قبل احداث العمارة فيها.

(٦٢) أى أبو حنيفة

والمقصود انه قد أبطل العقد فيمن اشترى عبدا بألف ثم باعه مع عبد آخر قبل قبض الثمن بألفين لجهالة الثمن فى العبد الاول فقد كان يلزمه ان يبطل العقد أيضا فيمن اشتأجر دارا بعشرة واحدث فيها عمارة واكراها باحد عشر لما ذكره المصنف، والحال انه لم يبطله بل جعل قدر رأس المال فى مقابلة الدار والزيادة فى مقابلة العمارة وصحح العقد، فتناقض قوله اذ فرق بين عقدين متماثلين فاجاز أحدهما وأبطل الاخر.

(٦٣) أنظر أشباه ابن نجيم ص ٢٧٢ فى كتاب الاجارات، تحت عنوان الفن الثانى : الفوائد.

قالوا : العقد اذا احتمل الصحة والفساد حمل على الصحة (٦٤)، كما لو باع سلعة وفي البلد نقد ، وفي البلاد نقود (٦٥)، ولهذا قال الشافعي : فيمن أوصى بطبل انه يحمل على طبل الحرب دون اللهو. (٦٦)

قلنا : لا نسلم انه يحتمل الصحة مع اختلاف القيمة (٦٧)، وجمع الصفقة ، ثم يبطل بمسألة العبدين (٦٨) وبمن باع ثوبا ودرهما ، بثوب ودرهم ، وتفرقا من غير قبض ،فانه يمكنه ان يصرف الدرهم الى الثوب ، ولم يفعل (٦٩) ،ويبطل بمن اشترى قلب (٧٠) فضة بعشرة ، وثوبا بعشرة ، ثم باعهما مرابحة ،عشرة

---

(٦٤) لتجنب ابطال العقود ما أمكن طلبا لاستقرار معاملات الناس.

(٦٥) أى فيحمل على نقد أهل البلد تصحيحا للعقد مع الجهالة في تعيين النقد الا أن هذه الجهالة اغتفرت بحمل النقد على نقد أهل البلد حملا للعقد على الصحة .

(٦٦) الام جـ٤ ص ٩١ باب ما يجوز من الوصية في حال ولا يجوز في أخرى .

(٦٧) في نسخة ((ب)) : مع طلاقه القيمة .

(٦٨) وهى مالو باع عبدا بألف ،واشتراه مع عبد أكثر منه قيمة بالفين ، حيث لا يصح ذلك البيع ، لانه عاد اليه عبده بالقسمة بأقل مما باع .

أى مع انه يمكن حمل العقد فيهما على الصحة ،ثم لم يفعل أبو حنيفة ذلك بل أبطله .

(٦٩) أى أبو حنيفة ، أى بل ابطل العقد المذكور ، مع أنه يمكنه تصحيحه بما قاله المصنف.

(٧٠) قلب الفضة : بضم فسكون هو السوار ،مستعار من قلب النخلة لبياضه أنظر المصباح جـ٢ ص ١٧١ . النهاية جـ٤ ص ٩٨ .

باثنى عشر ،(٧١) فانه يبطل البيع ،(٧٢) وان أمكن صرف الربح كله الى الثـــوب،(٧٣) ويخالف ماقاسوا عليه ،فان مقتضى العقد النقد المتعارف ، وهو نقد البلـــد ،(٧٤) ومقتضاه هاهنا(٧٥) المعاوضة والقسمة على القيمة.(٧٦) واما الوصية فانها تحتمــــل الطبلين احتمالا واحدا(٧٧) فقدمنا مايجوز ،(٧٨) وهاهنا(٧٩) يقتضى الفســـاد(٨٠) ، ولأن الوصية تصح مع التصريح بالاسباب المبطلة ،كالاخطار والجهالات(٨١) ، والبيع بخلافها.(٨٢)

---

(٧١) فى الاصل : عشرة ،اثنا عشر./ والمرابحة مفاعلة من الربح ، وهـــو الزيادة على رأس المال .
وهى أن يشترى شيئا ثم يقول لاخر عالم به : بعتك بما اشتريت وربح درهم لكل عشرة. أنظر مغنى المحتاج جـ٢ ص ٧٦.

(٧٢) أى فلم يعمل بقاعدة حمل العقود ان احتملت الصحة والفساد على الصحة، فكان قوله متناقضا ،اذ قد فرق بين عقد يحتمل الصحة والفساد فصححه، وآخر مثله ولم يصححه .

(٧٣) أى لتصحيح العقد فيه .

(٧٤) ولذلك صح العقد لامكان حمله على نقد البلد فى حال الاطلاق.

(٧٥) أى فى مسألة : من اشترى قلب فضة بعشرة وثوبا بعشرة ،ثم باعهما مرابحة باثنى عشر.

(٧٦) واذا ثبت الفارق بين المقيس والمقيس عليه فقد بطل قياسهم المذكور.

(٧٧) أى متساويا من حيث الاطلاق.

(٧٨) وهو الوصية بطبل الحرب دون طبل اللهو.

(٧٩) أى فى مسألة المرابحة المذكورة .

(٨٠) لما فيه من ربا الفضل فى بيع قلب الفضة الذى اشتراه بعشرة اذا باعـــه باثنى عشر.

(٨١) فى نسخة ((ب)) : والحمالات ./ وانما صحت الوصية مع ذلك لأنهـــا من عقود التبرع فاحتملت الجهالة .
واما البيع من عقود المعاوضات ،فكان مبناه على المشاحة،فلا يحتمل الغرر.

(٨٢) فكان قياسهم البيع عليها قياسا مع الفارق ، والقياس معه باطل .

قالوا : وجدت المماثلة بما جعل علما[٨٣] على المقدار ، فأشبه اذا باع دينارا صحيحا بدينار قراضة.[٨٤]

قلنا : لان هناك[٨٥] قيمة كل واحد من العوضين متساوية ، فأنقسم العوض عليه[٨٦] على التساوى وهاهنا[٨٧] القراضة أقل قيمة من الصحيح الذى معه فلا يأخذ من الثمن ما يأخذ الصحيح ، ولهذا لو كان المبيع شقصا واحدا أو عبدا واحدا ، انقسم الثمن عليه بالسوية ، ولو كان مع الشقص سيف ومع العبد عبد ، انقسم الثمن عليهما على التفاضل.[٨٨]

---

(٨٣) العلم بفتحتين العلامة . أهـ المختار ص (٤٥١) وهو هنا لفظ الدينار .

(٨٤) حيث يصح ذلك البيع.
بجامع وجود المماثلة بما جعل علما على المقدار فى كل من الأصل وهو ما لو باع دينارا صحيحا بدينار قراضة ، والفرع وهو مالو باع دينارا صحيحا واخر قراضة بدينارين صحيحين أو بدينارين قراضة. ولما كان حكم الاصل صحة البيع فيه كان حكم الفرع كذلك فيصح البيع المذكور فيه أيضا لذلك .

(٨٥) أى فى المقيس عليه فى قياسهم وهو مالو باع دينارا صحيحا بدينار قراضة .

(٨٦) سقط لفظ (عليه) من نسخة ((ب)) .

(٨٧) أى فى مسألة مالو باع دينارا صحيحا وآخر قراضة بدينارين صحيحين أو دينارين قراضة .

(٨٨) لتفاوت القيمة بين السيف والشقص وبين العبد والعبد الآخر.

* مسـألة (٢٠) : لا يجوز بيع الرطب (١) بالتمر (٢) ./ ١٣٢ش.

وقال أبو حنيفة : يجوز (٣).

لنا : ماروى سعد (٤) أن النبي صلى الله عليه وسلم (سئل عن بيع الرطب

---

(١) الرطب : ثمر النخل اذا ادرك ونضج قبل أن يتثمر، الواحدة رطبة والجمع ارطاب ، وأرطبت البسرة ارطابا اذا بدا فيها الترطيب .
والرطب نوعان : أحدهما لا يتثمر ، واذا تأخر اكله تسارع اليه الفساد
والثاني : يتثمر ويصير عجوة وتمرا يابسا .أهـ .
ولثمار النخل مراحل : أوله طلع ثم خلال بالفتح ثم بلح بفتحتين ثم بسر - بضم فسكون - ثم رطب ثم تمر .أهـ المختار ص٥١ .

(٢) المختصر ص ٧٧ . الام جـ٣ ص٢٠ المنهاج ص ٤٥ .
وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى جـ٢ ص١٩٦ . كشاف القناع جـ٣ ص٢٤٤ . المغنى جـ٤ ص١٢ .
وبه يقول المالكية : الشرح الصغير جـ٢ ص٢٨ . الجواهر جـ٢ ص ٢٠ . المنتقى جـ٤ ص٢٤٣ .
والى تحريم بيع الرطب بالتمر دون غيره من الثمار ذهب ابن حزم .أنظر المحلى جـ٩ ص ٤٩٩ .

(٣) خلافا للصاحبين . المبسوط جـ١٢ ص ١٨٥ . الهداية جـ٦ ص ١٦٨ . التبيين جـ٤ ص٩٢ . حيث اعتبر الامام أن تغير الشئ بالرطوبة واليبوسة يخرجه عن جنسه - فيصير فى الرطوبة جنسا ، وفى حال الجفاف جنسا آخر .

(٤) هو سعد بن أبي وقاص ، واسمه مالك بن وهب بن عبد مناف بن زهرة الزهرى المدنى ، شهد المشاهد ، وهو أحد العشرة المبشرين بالجنة ، وآخرهم موتا ، وهو أول من رمى بسهم فى سبيل الله ، كان فارس الاسلام ، واحد ستة الشورى توفى بقصره ، ودفن بالبقيع سنة خمس وخمسين وقيل ست وقيل سبع. أنظر الخلاصة ص١٣٥ .

بالتمر، فقال : اينقص الرطب اذا يبس ،فقيل نعم[٥]، قال : فلا اذن[٦]) . فمنع

---

(٥) فى نسخة ((ب)) : قال . / أى السائل .

(٦) فى نسخة ((ب)) : فلا اذا .

والحديث رواه أبو داود جـ٣ ص٦٥١ باب فى التمر بالتمر رقم/ ٣٣٥٩ عن زيد أبى عياش انه سأل سعد بن أبى وقاص عن البيضاء - وهى نوع من البر أبيض اللون وفيه رخاوه يكون ببلاد مصر. وقيل هو الرطب بفتح فكسر من السلت وهو نوع غير البر وهو أدق منه حبا . أنظر معالم السنن وتهذيب ابن القيم جـ٥ ص٣٢ .

قال الخطابى : والأول اعرف الا أن هذا القول اليق بمعنى الحديث وعلته تبين موضع التشبيه من الرطب بالتمر، واذا كان الرطب منهما جنسا واليابس جنسا آخر لم يصح التشبيه .أهـ - بالسلت ، فقال له سعد : ايهما أفضل ؟ قال : البيضاء ، فنهاه عن ذلك ، وقال :سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يسأل عن شراء التمر بالرطب . فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : اينقص الرطب اذا يبس ؟ قالوا : نعم ،فنهاه رسول الله صلى الله عليه وسلم .أهـ .

ورواه النسائى جـ٧ ص ٢٦٨ تحت عنوان :اشتراء التمر بالرطب . مختصرا .

ورواه ابن ماجه جـ٢ ص٧٦١ باب بيع الرطب بالتمر رقم / ٢٢٦٤ .

ورواه الترمذى جـ٣ ص ٥٢٨ باب ما جاء فى النهى عن المحاقلة والمزابنة رقم/ ١٢٢٥ ثم قال : هذا حديث حسن صحيح .أهـ . ورواه ملك فى الموطأ ص ٢٦٩ رقم/ ٧٦٥ باب ما يكره من بيع التمر بالرطب ومداره على زيد أبى عياش. قال ابن حجر: وقد أعله جماعة ، منهم الطحاوى والطبرى وأبو محمد بن حزم وعبد الحق كلهم أعله بجهالة حال زيد أبى عياش .

والجواب : ان الدارقطنى قال انه ثقة ثبت. وقال المنذرى : قد روى عنه اثنان ثقتان وقد اعتمده مالك مع شدة نقده ،وصححه الترمذى والحاكم قال : ولا أعلم أحدا طعن فيه . وجزم الطحاوى بوهم من زعم =

البيـــع ونبـــه على العلـــة (٧)،

فان قيل : يرويه زيد أبو عياش وانكره أبو حنيفة وقال : لا أقبل خبره (٨).

= انه هو أبو عياش الزرقي زيد بن الصامت وقيل زيد بن النعمان الصحابى المشهور وصحح انه غيره . وهو كما قال : أهـ التلخيص جـ٣ ص١٠ رقم ١١٤٢.

وأنظر مختصر أبي داود جـ٥ ص٣٣ في الكلام على تصحيح الحديث. وأنظر النصب جـ٤ ص٤١ وان لم يكن الزيلعي قد مال الى تصحيحه .

(٧) أي فنبه على أن علة تحريم بيع الرطب بالتمر هي انه ينقص مع الجفـــاف فيختلف الكيل في الجنس الواحد .

(٨) قال في الميزان جـ٢ ص١٠٥ : صالح الامر ، وذكره ابن حزم فقـــال : مجهول أ . هـ

قلت أنظر المحلى جـ٩ ص٤٩٩.

وقال في النصب جـ٤ ص٤١ : قال ابن الجوزي في التحقيق : قـــال أبو حنيفة : زيد أبو عياش مجهول ، فان كان هو لم يعرفه فقد عرفـــه أئمة النقل . أهـ .

وأنظر المبسوط جـ١٢ ص١٨٥ : يحكى عن أبي حنيفة انه دخل بغـداد وكانوا أشداء عليه لمخالفته الخبر فسألوه عن التمر فقال : الرطـــب اما أن يكون تمرا أو لم يكن ، فان كان تمرا جاز العقد عليه لقولـــه صلى الله عليه وسلم التمر بالتمر وان لم يكن جاز لقوله صلى الله عليه وســـلم اذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم ، فاورد عليه الحديث ، فقـــال : هذا الحديث دائر على زيد بن عياش وزيد بن عياش ممن لا يقبـــل حديثه . أهـ .

قيـــل هو ثقة ، عمل بحديثه [٩] الائمة مالك [١٠] والليث والاوزاعي والشافعي [١١] وأحمد [١٢] وذكره ابن خزيمة في مختصر المختصر الذي ينقل فيه العدل عن العدل وقال الدارقطني : هذا حديث صحيح . [١٣]

---

(٩) في نسخة ((ب)) : عمل بخبره .

(١٠) فقد روى عنه في الموطأ هذا الحديث . أنظر الموطأ ص ٢٦٩ باب ما يكره من بيع التمر بالرطب ، رقم ٧٦٥ .

(١١) فقد روى عنه في مسنده ص ٣٨٨ من كتاب البيوع روى له هذا الحديث.
واما الليث فهو الليث بن سعد بن عبد الرحمن الفهمي .
عالم مصر وفقيهها ورئيسها ، قال ابن بكير : هو أفقه من مالك ، وقال محمد ابن رقم : كان دخل الليث ثمانين ألف دينار ما وجبت عليه زكاة قط .
وثقه أحمد وابن معين والناس .
قال ابن بكير : ولد سنة أربع وتسعين ، وتوفي سنة خمس وسبعين ومائـــة .
أنظر الخلاصة ص ٣٢٣ .
واما الاوزاعي : فهو عبد الرحمن بن عمرو ، أبو عمرو . كان امام عصـــر ، لا يخاف في الله لومة لائم ، قوالا للحق لا يخاف سطوة العظائم ، وكـــان لا يكلم أحداً بعد صلاة الفجر حتى يذكر الله فان كلمه أحد اجابه .
قال أبو زرعة : أصله من سبي السند . توفي سنة سبع وخمسين ومائة . أنظر الخلاصة ص ٢٣٢ .

(١٢) روى له هذا الحديث في المسند جـ١ ص ١٧٥ وص ١٧٩ .
واما ابن خزيمة : فهو محمد بن اسحاق بن خزيمة السلمي ، أبو بكـــر . امام نيسابور في عصره ، كان فقيها مجتهدا عالما بالحديث ، ولد وتوفـي بنيسابور سنة ٣١١ . رحل الى العراق والشام والجزيرة ومصر . وقد لقبه ابن السبكي بامام الائمة .
له ما يزيد على مائة واربعين مصنفا . منها التوحيد واثبات صفة الـــرب ، ومنها مختصر المختصر المسمى بصحيح ابن خزيمة . أنظر الاعلام جـ٦ ص ٢٩ .

(١٣) ذكر بعد روايته للحديث المذكور في السنن جـ٣ ص ٤٩ رقم ٢٠٣ ما يفيد الحكم عليه بالصحة .

فان قيل : المراد به نسيئة.[١٤] وقد روى سعد ذلك مقيداً[١٥] فحمل المطلق عليه .

قيل : فى خبرنا علل[١٦] بالتفاضل فى الثانى[١٧]، وفى خبرهم ذكر النساء، فهما حكمان[١٨] ثبتا بعلتين[١٩] فوجب العمل بهما ، ولا يجوز فى مثل هذا حمل المطلق على المقيد[٢٠]، ولانهما مطعومان[٢١] اتفقا فى الجنس واختلفا فى

---

(١٤) سقط هذا اللفظ (نسيئة) من نسخة ((ب)) . / أى تحريم بيع الرطب بالتمر نسيئة .

(١٥) رواه أبو داود جـ٣ ص ٢٥١ باب فى التمر بالتمر ، رقم / ٣٣٦٠ بلفظ : نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الرطب بالتمر نسيئة . أهـ . ورواه الدارقطنى جـ٣ ص ٤٩ رقم / ٢٠٣ ثم قال : تابعه حرب ابن شداد عن يحيى وخالفه مالك واسماعيل بن أمية والضحاك ابن عثمان واسامة بن زيد رووه عن عبد الله بن يزيد ولم يقولوا فيه نسيئة . واجتماع هؤلاء الاربعة على خلاف مارواه يحيى يدل على ضبطهم للحديث وفيهم امام حافظ وهو مالك بن أنس . أهـ .

(١٦) أى المنع من بيع الرطب بالتمر .

(١٧) أى فى الحال الثانى ، وهو ما اذا جف التمر .
لقوله : اينقص الرطب اذا جف ، فقالوا : نعم . فثبت ان الرطب اثقل من التمر واكبر حجما لانه بالجفاف ينكمش فكان الكيل منه أقل من الكيل فى التمر ويختلف عنه فى الوزن .

(١٨) وهما حرمة البيع فى كلا الحالتين التفاضل والنساء .

(١٩) وهما التفاضل فى الاول والنساء فى الثانى .

(٢٠) لامكان العمل بهما معا ، ولا تعارض بينهما ليحمل المطلق على المقيد فيهما .

(٢١) أى الرطب والتمر .

حال الادخار،(٢٢) فلم يجز بيع أحدهما بالآخر كيلا ،كالحنطة بالدقيق والحنطة المقلية بغير المقلية .(٢٣)

فان قيل : فى الأصل،(٢٤) الزيادة(٢٥) موجودة حال العقد،(٢٦) وانما الطحن والقلى يظهر(٢٧) ماكان موجودا ،والنقصان فى الرطب يحدث بعد العقد .(٢٨)

قيل : هذا يبطل بالحنطة الثقيلة(٢٩) اذا بيعت بالحنطة الخفيفة فان الزيادة موجودة فى(٣٠) العقد ، ثم يصح ،(٣١) ولأن الزيادة فى الأصل(٣٢)

---

(٢٢) أى فى حال الجفاف ، لعدم العلم بتماثلهما .

(٢٣) حيث لا يجوز بيع أحدهما بالآخر كيلا .

بجامع الطعم والاتفاق فى الجنس مع الاختلاف فى حال الادخار فى كل من الاصل وهو بيع الحنطة بالدقيق والحنطة المقلية بغير المقلية ، والفرع وهو الرطب والتمر ـ ولما كان حكم الاصل تحريم بيع أحدهما بالآخر كيلا كان حكم الفرع كذلك، فيحرم بيع الرطب بالتمر كيلا أيضا .

(٢٤) أى المقيس عليه فى القياس المذكور ،وهو بيع الحنطة بالدقيق وبيع الحنطة المقلية بغير المقلية منها .

(٢٥) وهى الدقيق والمقلى من الحنطة.

(٢٦) أى ولذلك منع.

(٢٧) فى نسخة ((ب)) : بظهور . / وهو تحريف.

(٢٨) لانه يجف فى ثانى الحال ،أى فيما بعد .

أى فكان هذا فارقا بين الاصل والفرع فى القياس المذكور فيبطل به .

(٢٩) فى نسخة ((ب)) : الرزينة .

(٣٠) سقط فى نسخة ((ب)) من قوله (فى العقد . . . الى قوله : وانما يحدث) .

(٣١) أى فكان الفارق المذكور لاغيا فلا يبطل به القياس الذى ذكرناه .

(٣٢) وهو مالو باع الحنطة بالدقيق ،أو الحنطة المقلية بغير المقلية .

وان كانت موجودة (٣٣) الا انها فى الكيل (٣٤) غير موجودة (٣٥) وانما يحدث فى الثانى (٣٦)، كالنقصان فى الرطب (٣٧).

قالوا : نقصان حادث بذهاب اجزاء (٣٨) مقصودة (٣٩)، فأشبه نقصان الحديث عن العتيق (٤٠).

قلنا : هذا ابطال لعلة الرسول صلى الله عليه (وسلم) (٤١) ثم نقصان الحديث عن العتيق يسير، لا يمكن الاحتراز منه، فعفى عنه، كما عفى عن التراب اليسير (٤٢)،

---

(٣٣) أى وقت العقد .

(٣٤) أى قبل الطحن .

(٣٥) لان الكيل حجم متساو فلا تختلف الكمية فيه قبل الطحن .

(٣٦) أى عند الطحن .

(٣٧) حيث يظهر فيه النقص بعد العقد ، وذلك اذا جف .

(٣٨) وهى الرطوبة .

(٣٩) أى فلا يؤثر فى بيع بعضه ببعض ، أعنى التمر بالرطب . لصيرورته جنسا آخر بذهاب الاجزاء المقصودة منه .

(٤٠) أى فأشبه فارق النقصان فى الوزن والحجم بين التمر الجديد والتمر القديم .

بجامع النقصان الحادث فى كل من الاصل وهو نقصان الحديث عن العتيق والفرع وهو نقصان التمر عن الرطب .

ولما كان حكم الاصل جواز بيع بعضه ببعض ، كان حكم الفرع كذلك فيجوز بيع الرطب بالتمر أيضا لذلك .

(٤١) أى التى نص عليها حين سأل : اينقص الرطب اذا جف . اشارة الى أن العلة فى تحريم بيع التمر بالرطب هو النقصان الطارئ على الرطب اذا جف .

(٤٢) أى الكائن فى المكيل من الحنطة أو الشعير أو نحو ذلك .

بجامع صعوبة الاحتراز عنه فى كل من الاصل وهو التراب اليسير والفرع وهو نقصان التمر القديم عن التمر الجديد فى الوزن والكيل .

ونقصان الرطب عن التمر كثير فلم يعف عنه ،كالتراب الكثير.(٤٣) ولان هنـاك(٤٤) استويا فى حال الادخار، وهاهنا(٤٥) اختلفا فى حال الادخار ،فهو كالحنطة بالدقيق.(٤٦)

* مسألة (٢١) : لا يجوز بيع الرطب بالرطب.(١) / ١٣٤ ى.

وقال أبو حنيفة : يجوز.(٢)

---

(٤٣) أى اذا كان مع الحنطة أو نحوها من المكيلات حيث لا يعفى.
بجامع امكان الاحتراز عنه فى كل من الاصل وهو التراب الكثير فى الحنطة.
والفرع وهو نقصان التمر عن الرطب فى الوزن والكيل.
وهذا فارق يبطل به القياس اعنى كثرة النقصان بين الرطب والتمر وقلتـه فى التمر الحديث والقديم.

(٤٤) أى فى التمر الحديث والقديم.

(٤٥) أى فى الرطب والتمر.

(٤٦) حيث لا يجوز بيع بعضه ببعض.
بجامع الاختلاف فى مراحل الادخار فى كل من الاصل وهو الحنطـة والدقيق والفرع وهو التمر والرطب. ولما كان حكم الاصل حرمة بيـع الحنطة بالدقيق - أنظر المختصر ص ٧٧ - كان حكم الفرع كذلـك فيحرم بيع الرطب بالتمر أيضا لذلك.
أى وان قد ثبت الفارق بين الاصل والفرع فى قياسهم ، ثبت ان التمـر لا يباع بالرطب.

(١) المختصر ص ٧٧. الام جـ٣ ص٢٠. المنهاج ص٥٤.
وهو قول أبى حفص العكبرى من الحنابلة. أنظر المغنى جـ٤ص١٣.

(٢) المبسوط جـ١٢ ص١٨٤. الهداية جـ٦ ص١٧٠. التبيين جـ٤ ص٩٢.
وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى جـ٢ ص١٩٦. كشاف القناع جـ٣ص٢٤٥.
المغنى جـ٤ ص١٣.
واليه ذهب المالكية : الشرح الصغير جـ٢ ص٢٨. خلافا لابن الماجشـون الجواهر جـ٢ ص٢٠. المنتقى جـ٤ ص٢٤٣.
وهو قول ابن حزم : المحلى جـ٩ ص٤٩٩.

لنـــا : ان الجهل بالتماثل كالعلم بالتفاضل ، فاذا(٣) لم يجز بيع الرطـب بالتمر للعلم بالتفاضل لم يجز بيع الرطب بالرطب للجهل بالتماثل (٤).

قالوا : الرطوبة التي فيهما مقصودة بالعقد (٥) ، فجاز بيع أحدهما بالآخر (٦) ، كاللبن باللبن واللحم باللحم (٧).

قلـنا : في الأصل (٨) عامة منافعه في حال الرطوبة ، لانه يصلح لكل ما يـراد منه (٩) ، وهاهنا (١٠) عامة منافعة في حال الجفاف (١١) ، والاجاز (١٢) ، ولم يوجـد التساوي في تلك الحال (١٣).

---

(٣) في نسخة ((ب)) : واذا .

(٤) أي لاحتمال أن يكون بعضها أكثر رطوبة من بعض . واحتمال التفـاوت كتحققه في باب الربا ، فيحرم .

(٥) أي وقت العقد .

(٦) لتماثلهما وقت العقد . أي ولا عبرة بمابعد العقد سواء اختلفا عنـد الجفاف أولا .

(٧) حيث يجوز بيع بعضه ببعض .
بجامع كون الرطوبة مقصودة في كل من الاصل وهو بيع اللبن باللبن واللحم باللحم والفرع وهو بيع الرطب بالرطب.
ولما كان حكم الاصل الجواز فيه ، كان حكم الفرع كذلك فيجوز بيع الرطـب بالرطب أيضا لذلك .

(٨) أي في بيع اللبن باللبن واللحم باللحم .

(٩) حيث يكون منه اللبن والزبد والمخيض والسمن .

(١٠) أي في الفرع وهو بيع الرطب بالرطب.

(١١) أي حين يصبح تمرا . لأنه يمكن حينئذ ادخاره والانتفاع به لأمد بعيـد ، ويدخل في مختلف أنواع الاطعمة.

(١٢) أي ولولا أن عامة منافعه حاصلة بجفافه لجاز بيع الرطب منه بالرطـب .

(١٣) لتفاوت الرطوبة فيه بين أنواعه حال كونه رطبا ، فلم يجز بيع بعضه ببعض لذلك .

* مســـألة (٢٢): لا يجوز بيع الدقيق (١) بالدقيق من جنس واحد في أحـد (٢) القولين ./ ٣٤ اى.

وقال أبو حنيفة: يجوز. (٣)

لنا : انه جنس يحرم فيه الربا جهل فيه التساوى حال (٤) الادخـــار،

---

(١) وهو الطحين . يطلق على دقيق الحنطة وغيرها . وهو فعيل بمعـنى مفعول أى مدقوق ، ويجمع على أدقة مثل جنين واجنة ودليل وأدلـة أنظر المصباح جـ١ ص ٢١١ .

(٢) ذكرهما المصنف في المهذب جـ١ ص ٢٧٦ وصحح القول بعدم الجـــواز. وذكر الرافعي في فتح العزيز جـ٨ ص ١٨١ عن المزني والبويطـــــى أنهما حكيا قولا يجواز بيع الدقيق بالدقيق وإن امتنع بيعه بالحنطة كما يجوز بيع الدهن بالدهن وإن امتنع بيعه بالسمسم .
ولم يذكر النووي القول بالجواز أصلا . أنظر المنهاج ص٤٦ . وشـــرح المحلي على المنهاج جـ٢ ص١٧١ وكذا مغنى المحتاج جـ٢ ص٢٤ و ص٢٦ .

(٣) أى اذا كان متساويا .
ومحله اذا بيع كيلا مكبوسا ، والا بان بيع وزنا ، ففى جواز ذلك عن الامـام روايتان .
المبسوط جـ١٢ ص١٧٨ . الهداية جـ٦ ص١٦٤ . التبيين جـ٤ ص ٩٥ والتى تليها .
وهو قول الحنابلة: شرح المنتهى جـ٢ ص١٩٦ . كشاف القناع جـ٣ ص٢٤٣ المغنى جـ٤ ص٢١ .
وبه يقول المالكية : القوانين ص ٢٨٠ . الشرح الصغير جـ٢ ص ٢٨ . الجواهر جـ٢ ص ١٠ . المنتقى جـ٥ ص٦ .
واليه ذهب أبو محمد بن حزم : المحلى جـ٩ ص ٥٦٢ .

(٤) لتفاوت الطحن فيه فمنه الخشن ومنه الناعم فينكبس الثاني فيكثـــر دون الأول .

فأشبه اذا بيع أحدهما بالاخر جزافا (٥) .

قالوا : ماجاز بيعه ، قبل تفريق الأجزاء (٦) ، جاز بعده ، كالحيوان (٧) .

قلنا : هناك (٨) لو باع أجزاء أحدهما بجملة الآخر ، جاز عندكم (٩) ،

---

(٥) البيع جزافا هو البيع بلاعدد ولا زون ولا كيل ، بل جملة . والكلمة فارسية معربة . أنظر النظم المستعذب جـ١ ص ٢٧٦ .
وفى المصباح جـ١ ص ١٠٨ : الجزاف بالضم خارج عن القياس وهو فارسي تعريب : كزاف ومن هنا قيل أصل الكلمة دخيل فى العربية . أهـ .
والجامع فى القياس المذكور هو كونه جنسا يحرم فيه الربا جهل التساوى فيه ، فى كل من الاصل وهو بيع الدقيق بالدقيق جزافا ، والفرع هو بيع الدقيق بالدقيق كيلا . ولما كان حكم الاصل حرمة بيعه ببعضه جزافا للجهل بالتساوى كان حكم الفرع كذلك فيحرم بيعه كيلا لذلك أيضا .

(٦) أى بالطحن .

(٧) حيث يجوز بيع بعضه ببعض قبل ذبحه وصيرورته لحما ، لجواز بيع بعضه ببعض بعد تفريق أجزائه .
والجامع فى القياس المذكور هو جواز البيع قبل تفريق الاجزاء فى كل من الاصل وهو الحيوان والفرع وهو الدقيق .
ولما كان حكم الاصل جواز بيعه بعد تفريق الاجزاء بعضه ببعض أى بيع اللحم باللحم ، كان حكم الفرع كذلك فيجوز بيع الدقيق بالدقيق من جنس واحد أيضا لذلك .

(٨) أى فى الحيوان .

(٩) حيث اجازوا بيع اللحم بالحيوان . أنظر الهداية جـ٦ ص١٦٦ .

ولو باع الدقيق بالحنطة لم يجز.(١٠) ولان حال الكمال فى اللحم أن يكون حيوانا ، ولا ربا فيه فى تلك الحال،(١١) وانما يحرم(١٢) الربا فيه اذا صار لحما،(١٣) وقد وجد التساوى فيه(١٤)، وحال الكمال فى هذا(١٥) أن يكون حبا(١٦) ولم يوجد التساوى فيه(١٧).

---

(١٠) أنظر الهداية جـ٦ ص١٦٣ . والمقصود اثبات انهم لم يطردوا هذه العلة فى غير الحيوان حيث منعوا من بيع الحنطة بدقيقها مع أنها كالحيوان يجوز بيعها بالحنطة قبل تفرق الاجزاء بالطحن ثم لم يجيزوا بيعها بالدقيق بعد الطحن ، مع أن الصورتين متشابهتان ثم خالفوا بين حكميهما فاجازوه فى الحيوان دون الدقيق وهذا تناقض يبطل به تعلقهم بالعلة التى ذكروا .

(١١) لانه حالتئذ غير مطعوم حتى يذبح ويسلخ ويطبخ أو يجفف . أنظر الام جـ٣ ص٢٨ .

(١٢) فى نسخة ((ب)) : وانما يجرى .

(١٣) أى بالذبح لانه يصير به مطعوما .

(١٤) اى فى بيع اللحم باللحم ، وبوجود التساوى فيه يحصل التخلص من الربا .

(١٥) أى فى الدقيق .

(١٦) لانه يمكن ادخاره فى حال كونه حبا الى امد بعيد ولا كذلك اذا كان دقيقا لاسراع الفساد اليه حالتئذ .

(١٧) سقط لفظ (فيه) من نسخة ((ب)) ./ أى حال كونه دقيقا لتفاوت الطحن ، فان منه الخشن ومنه الناعم ، فيتفاوت الكيل بتفاوت الجزئيات حينئذ فيكون الربا .

والمقصود اثبات أن بين الاصل والفرع فارقا ، فيبطل به قياسهم المذكور.

* مسـألة (٢٣) : لا يجوز بيع اللحم بالحيوان(١) ٠/١٣٤ى ٠

وقال أبو حنيفة : يجوز.(٢)

---

(١) أى حالة كونه حيا اذا كان اللحم من جنسه ، وكذا من غير جنسه في الأظهر.

أنظر المختصر ص ٧٨ ٠ الوجيز جـ١ ص١٣٨ ٠ المنهاج ص٤٦ ٠

وخص المالكية التحريم فيه اذا كانا من جنس واحد .القوانين ص٢٨١ ٠

والحيوان عندهم على ثلاثة أجناس: ذوات الاربع كلها جنس واحد فلا يباع لحم بقرى بكبش حى ، الثانى : الطير كله جنس واحد ، الثالث: الحيتان كلها جنس واحد ، واما الجراد فقيل ليس بلحم وقيل يلحق بالطير.

ومحل المنع فى الجنس منه اذا كان نيئا اما اذا طبخ فيجوز. أنظر المنتقى جـ٥ ص ٢٥ ، والشرح الصغير جـ٢ ص٢٩ ٠ الجواهر جـ٢ ص٢١ ٠

(٢) سواء كان اللحم من جنس الحيوان أو لم يكن . لانه بيع موزون بغير موزون ٠ خلافا لزفر. المبسوط جـ١٢ ص١٨١ ٠ الهداية جـ٦ ص١٦٦ : وقال محمد : اذا باعه بلحم من جنسه لا يجوز الا اذا كان اللحم المفرز أكثر ليكون اللحم بمقابلة مافيه من اللحم ، والباقى بمقابلة السقط - وهو مالا يطلق عليه اسم اللحم كالكرش والمعلاق والجلد والاكارع. فتح القدير - اذا لو لم يكن كذلك يتحقق الربا من حيث زيادة السقط أو من حيث زيادة اللحم فصار كالخل بالسمسم .أهـ .

وأنظر التبيين جـ٤ ص٩١ ٠

وبجواز بيع لحم الحيوان بغير جنسه يقول الحنابلة ، وكل صنف من الحيوان جنس عندهم كلحم البقر بالبقر لا يجوز، فاذا كان لحم بقر بشاة فيجوز لاختلاف الجنس.

أنظر شرح المنتهى جـ٢ ص١٩٥ ٠ كشاف القناع جـ٣ ص٢٤٣ ٠ المغني جـ٤ ص٢٧ ٠

وبجواز بيع اللحم بالحيوان مطلقا كقول أبي حنيفة يقول أبو محمد بن حزم ٠ المحلى جـ٩ ص٥٨٧ ٠

وبجوازه لكونه بيع مطعوم بغيره يقول المزنى من الشافعية .المختصر ص٧٨ ٠

لنـــا : ماروى ابن المسيب (٣) أن النبى صلى الله عليه (وسلم) نهى عـــن بيع اللحم بالشاة الحى (٤) . ولانه جنس فيه ربا ، بيع بأصله الذى فيه مثلـــه ،

---

(٣) هو سعيد بن المسيب . أنظر ترجمة فى المسألة رقم (١) هامش (٣٧) .

(٤) فى نسخة ((ب)) : بالشاة الميتة . / وهو خطأ .

والحديث رواه عبد الرزاق فى مصنفه جـ٨ ص٢٧ باب بيع الحيى بالميت ، رقم / ١٤١٦٢ قال : أخبرنا معمر عن زيد بن أسلم عن ابن المســـيب أن النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع اللحم بالشاة الحية . قال زيـــد : يقول : نظرة أويدا بيد .أهـ .

وروى بلفظ آخر عن سعيد بن المسيب نهى عن بيع اللحم بالحيـــوان . رواه مالك فى الموطأ ص ٢٧٦ باب شراء الحيوان باللحم . رقـــم /٧٨٣ . ورواه الشافعى عنه من طريق مالك عن زيد بن أسلم عن ابن المســـيب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع اللحم بالحيوان . أنظـــر المختصر ص ٧٨ . بيع اللحم بالحيوان .

ثم قال : وارسال ابن المسيب عندنا حسن .أهـ .

ورواه البيهقى جـ٥ ص٢٩٦ باب بيع اللحم بالحيوان . رواه عن طريـــق الشافعى عن مالك عن زيد بن أسلم عن سعيد بن المسيب.

قال ابن حزم : أما الخبر فى ذلك - يعنى خبر سعيد - فمرسل لم ينسند قط.أهـ المحلى جـ٩ ص٥٩٠ .

قال ابن حجر : وصله الدارقطنى عن مالك عن الزهرى عن سهل بن سعـد ، وحكم بضعفه . . . وله شاهد من حديث ابن عمر رواه البزار وفيه ثابـــت ابن زهير وهو ضعيف وأخرجه من رواية ابن أبى أمية ابن يعلى عن نافع أيضا ، وأبو امية ضعيف ، وله شاهد أقوى منه من رواية الحسن عن سمرة وقـــد اختلف فى سماعه منه أخرجه الحاكم والبيهقى وابن خزيمة .أهـ

التلخيص جـ٣ ص١٠ رقم / ١١٤٣ .

قلت : وقال البيهقى فيه : هذا اسناد صحيح ، ومن اثبت سماع الحســن البصرى عن سمرة بن جندب عده موصولا ومن لم يثبته فهو مرسل جيد يضـــم الى مرسل سعيد بن المسيب . أهـ البيهقى جـ٥ ص٢٩٦ باب بيع اللحم بالحيوان .

فلم يصح كبيع الشيرج (٥) بالسمسم واللبن بشاة فى ضرعها لبن (٦)،

قالوا : اللحم فى الحيوان لا ربا فيه (٧) حتى يحدث فيه معنى شرعى (٨). ولهذا يجوز بيع شاة بشاتين ،فجاز بيعه بما فيه الربا ،كالحيوان بالدراهم ، والقصيل (٩) بالحنطة (١٠).

---

(٥) فى النظم المستعذب جـ١ ص ٢٧١ : الشيرج : دهن السمسم أى الجلجلان وهو السليط ولا يسمى غيره سليطا .أهـ .

(٦) حيث لا يجوز ذلك البيع،
بجامع أن كلا جنس فيه ربا بيع باصله الذى فيه مثله ،أما الاصل فهو بيع الشيرج بالسمسم واللبن بشاة فى ضرعها لبن ، واما الفرع فهو بيع اللحم بالحيوان .
ولما كان حكم الاصل حرمة ذلك البيع ، كان حكم الفرع كذلك فيحرم بيع اللحم بالحيوان أيضا لذلك .

(٧) لانه ليس موزونا قبل الذبح . اذ لم تجر العادة ببيعه وزنا . أنظر الهداية جـ٦ ص ١٦٧.

(٨) وهو الكيل أو الوزن . أى حتى يصير مما يكال أو يوزن ،وذلك لا يتحقق فيه حالة كونه حيا حيث لا يمكن معرفة ثقله بالوزن ، لانه يخفف وزن نفسه بصلابته ويثقلها بالا رتخاء ،ولهذا كان الميت من الناس أثقل منه حيا . أنظر الكفاية على الهداية جـ٦ ص ١٦٧.

(٩) من القصل وهو القطع ،والقصيل : هو الشعير يجز أخضر لعلف الدواب ، قال الفارابى : سمى قصيلا لانه يقصل وهو رطب . وقال ابن فارس : لسرعة انقصاله وهو رطب . أهـ المصباح جـ٢ ص ١٦٥.

(١٠) حيث يجوز بيع أحدهما بالاخر لانه لا ربا فيه .
بجامع انعدام الربا فى كل من الاصل وهو بيع الحيوان بالدرهم والقصيل بالحنطة والفرع وهو بيع اللحم بالحيوان .
ولما كان حكم الاصل جواز البيع فيه ،كان حكم الفرع كذلك فيجوز بيع اللحم بالحيوان أيضا لذلك .

قلنا : اللبن فى الضرع أيضا لا ربا فيه حتى يحلب ، ولهذا يجوز بيع شاة لبون بشاتين لبونين ، والصوف على ظهر الغنم (١١) لا ربا فيه حتى يجز (١٢) ، ولهذا يجوز بيع شاة بشاتين ، ثم اذا باع اللبون باللبن ، أو الشاة (١٣) بالصوف لم يجز (١٤) ، ويخالف ما قاسوا عليه (١٥) ، فانه ليس فى الحيوان فضة ، ولا فى القصيل حنطة (١٦) ، وفى الحيوان لحم (١٧) ، فهو كبيع الخاتم بالفضة ، والسنابل بالحنطة (١٨) .

* مسألة (٢٤) : اللحمان (١) جنس واحد فى أحد القولين (٢) . / ١٣٤ ش .

---

(١١) فى نسخة ((ب)) : على ظهر الغنم أيضا .
(١٢) فى المصباح جـ١ ص١٠٨ : جززت الصوف جزا من باب قتل : قطعته . أهـ
(١٣) فى نسخة ((ب)) : والشاة . / بالعطف بدون همزة .
(١٤) أى فليس كل مالم يدخله الربا بحاله يجوز بيعه بما فيه الربا من جنسه ، فان الربا لا يدخل فى اللبن اذا كان فى الضرع ، ومع ذلك لا يجوز بيعه بشاة فيها لبن ، والصوف لا يدخله الربا اذا كان على ظهر الغنم ، ومع ذلك لا يجوز بيعه بشاة على ظهرها صوف .
(١٥) وهو بيع الحيوان بالدراهم ، والقصيل بالحنطة .
(١٦) فهما اجناس مختلفة فيصح بيع بعضها ببعض ، اذ لا ربا فيهما اذن .
(١٧) أى فهذا فارق بين الاصل والفرع يبطل به قياسهم المذكور .
(١٨) حيث لا يصح ذلك البيع لوجود الربا فيه .
بجامع وجود شئ من جنس المبيع فى الثمن ، فى كل من الاصل وهو بيع خاتم الفضة بالفضة والسنابل بالحنطة ، والفرع وهو بيع اللحم بالحيوان . ولما كان حكم الاصل بطلان البيع فيه ، كان حكم الفرع كذلك فلا يجوز بيع اللحم بالحيوان أيضا لذلك .
(١) بضم اللام وتسكين الحاء المهملة جمع لحم ، ويجمع اللحم أيضا على لحوم ولحام بكسر اللام . أنظر المصباح جـ٢ ص٢١٣ .
(٢) والقول بانها اجناس هو الاظهر . أنظر المنهاج ص٥٤ . وكذا قال فى الوجيز جـ١ ص١٣٧ .
الام جـ٣ ص٢٦ . المختصر ص٧٨ . باب بيع اللحم باللحم .

وقال أبو حنيفة : هي[3] أجناس[4] .

---

(٣) سقط لفظ (هي) من نسخة ((ب)) .

(٤) المبسوط جـ١٢ ص ١٨١ . الهداية جـ٦ ص ١٧٣ . التبيين جـ٤ ص ٩٤ .
ولا يدخل الربا في لحم الطير عندهم لانه غير مكيل ولا موزون عادة فلم يكن مقدرا فلم توجد فيه العلة . ويستثنى من ذلك لحم الدجاج والاوز لانه يوزن عادة في مصر بعظمه . أنظر فتح القدير جـ٦ ص ١٧٤ ، مع شرح العناية . وأنظر التبيين جـ٤ ص ٩٤ .

وفصل المالكية القول في اللحم الى ثلاثة أجناس :

الأول : ذوات الاربع المباحة الاكل .

الثاني : الطير .

الثالث : الحيتان . واختلفوا في الجراد فقيل جنس رابع وقيل يلحق بالطير وقيل لا ربا فيه أصلا . ومحل اعتبار الجنسية في اللحم مالم يطبخ لانه بالطبخ يصبح جنسا غير اللحم .

أنظر : المنتقى جـ٥ ص ٢٥ . القوانين ص ٢٧٩ . شرح المنح جـ٢ ص ٥٤٠ .

ويكون اللحمان أجناسا يقول الحنابلة أيضا . أنظر : شرح المنتهى جـ٢ ص ١٩٦ كشاف القناع جـ٣ ص ٢٤٢ . وذكر في المغني جـ٤ ص ٢٢ رواية أخرى أن اللحم أربعة أجناس كمذهب مالك .

وأما ابن حزم فيجوز عنده بيع اللحم باللحم مطلقا سواء كانا من نوع واحد أو من أنواع متفاضلا ومتماثلا . المحلى جـ٩ ص ٥٨٧ لانه لا يعد اللحم من الأموال الربوية اذ هو من غير الاصناف الستة التي لا يدخل الربا الا فيها فقط . أنظر المحلى جـ٩ ص ٥٠٣ .

لنسل . انه جمعها(٥) الاسم الخاص(٦) في أول تحريم التفاضل(٧) ، فكانت جنسا واحدا كأصناف الحنطة(٨) .

قالوا : فروع لاصول(٩) هي أجناس(١٠) ، فكانت اجناسا ، كالأدقة(١١) .

قلنا : لا تأثير للوصف(١٢) ، فان الثياب الهروية(١٣) والمروية عند هم

---

(٥) في الأصل : انه جمعهما . / وهو خطأ لان اللحمان ليس تثنية اللحم بل هو جمعه كما ذكرنا .

(٦) وهو لفظ اللحم .

(٧) أى من جهة تحريم التفاضل .

(٨) حيث هي جنس واحد ، فلا يباع بعضها ببعض متفاضلا .

بجامع جمع الاسم الخاص للأصناف في أول تحريم التفاضل ، في كل من الاصل وهو أصناف الحنطة ، والفرع وهو أصناف اللحم . ولما كان الحكم في الاصل جعلها جنسا واحدا كان حكم الفرع كذلك .

(٩) كلحم الشاة فرع لأصل وهو الشاة ، وكلحم البقر فرع لاصل هو البقر . الخ .

(١٠) لان البعير غير البقر غير الشاة ، وهكذا .

(١١) جمع دقيق ، ودقيق كل شئ طحينه ، من دققت الشئ دقا من باب قتل فهو مدقوق ، فهو فعيل بمعنى مفعول . ويجمع على أدقة كدليل وأدلة وجنين واجنة ، أنظر المصباح جـ١ ص٢١١ .

والجامع في القياس المذكور هو كونها فروعا لاصول في كل من الأصل وهو الأدقة كدقيق الحنطة فرع لاصل هو الحنطة ودقيق الذرة فرع لاصل هو الذرة . . الخ .

والفرع وهو اللحمان . ولما كان حكم الاصل اعتبار الادقة اجناسا ، كان حكم الفرع كذلك فيعتبر اللحمان اجناسا أيضا لذلك .

(١٢) وهو كونها فروعا لاصول .

(١٣) نسبة الى بلدة هراة من أعمال خراسان . ومرو من أعمالها أيضا ، وبين البلدتين مسيرة أحد عشر يوما . أنظر المصباح جـ٢ ص٣١١ .

أجناس ،[١٤] وان كانت فروعا لجنس واحد[١٥] ، والادقة يجرى الربا فى أصولها ، وهى أجناس ، فاعتبرت فروعها بها[١٦] ، والاصول هاهنا[١٧] لا يجرى فيها الربا[١٨] ، وانما يجرى بعد الذبح[١٩] وبعد الذبح الجميع لحم[٢٠] .

* مسألة (٢٥) : يحرم الربا فى دار الحرب[١] . / ١٣٤ ش .

---

(١٤) أنظر المبسوط جـ١٢ ص١٥٩ .

(١٥) أى وان كان أصلها جنس واحد وهو القطن . والمقصود اثبات ان العلة التى ذكروها فى قياسهم غير مضطرد لتخلفها هنا فى الثياب الهروية والمروية فانها فروع لجنس واحد وهو القطن ، ثم يجرى فيها ربا النسيئة لاتحادها فى الجنس .

(١٦) أى فيجرى فيها الربا كأصولها .

(١٧) أى فى اللحمان .

(١٨) لان علة الربا فيه وهى الطعم متخلفة لحرمة أكله حيا .

(١٩) أى والسلخ . أنظر الام جـ٣ ص٢٨ .

(٢٠) أى فيجرى فيه الربا ، فلا يجوز بيع اللحم باللحم متفاضلا .
والمقصود ان قياسهم اللحوم على الادقة قياس مع الفارق لان الادقة يجرى الربا فى أصولها وهى أجناس ، ولا كذلك اللحوم فان أصولها لا يجرى فيها الربا لانها غير مطعومة حينئذ . والقياس مع الفارق باطل .

(١) وهى الدار التى يغلب عليها حكم غير المسلمين سواء كان أكثر أهلها مسلمين أو لم يكونوا وسواء اظهر المسلمون فيها شعائرهم أو لم يظهروا اذ العبرة للحكم فيها .
أنظر المبسوط جـ١٠ ص١١٤ . شرح المنتهى جـ٢ ص٩٤ . وذكره ابن القيم قولا لجمهور أهل العلم . أنظر أحكام أهل الذمة جـ١ ص٣٦٦ .
واما دار الاسلام فهى :
كل محل قدر أهله على الامتناع من الحربيين ، صار دار اسلام ، فلا يعود دار حرب وان استولى عليه الكفار .
وقد جعل الرافعى دار الاسلام ثلاثة أقسام : =

وقال أبو حنيفة : لا يحرم بين المسلم والكافر.(٢)

= الأول : قسم يسكنه المسلمون .
الثاني : قسم فتحوه واقروا أهله عليه بالجزية ، فيكفى ليكون دار اسلام كونه واقعا تحت استيلاء الامام .
الثالث: قسم يسكنه المسلمون ، ثم غلب عليه الكفار ، ومحله عند بعض المتأخرين : مالم يمنعوا المسلمين منها ، والا فهى دار حرب .

قال ابن حجر الهيثمى : وماذكره - أى الرافعى - عن بعض المتأخرين بعيد نقلا ومدركا ، كما هو واضح ، وحينئذ فكلامهم صريح فى أن ما حكم به دار اسلام لا يصير بعد ذلك دار كفر مطلقا .أهـ . تحفة المحتاج جـ٩ ص ٢٦٩.
وأنظر تحريم الربا فى دار الحرب : المجموع جـ٩ ص ٣٩٠ . فتح العزيز جـ٨ ص١٨٩.
وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى جـ٢ ص٢٠٦. وزاد فى المحرر جـ١ ص٣١٨ بأن محل حرمته فى دار الحرب هو ما اذا كان بين مسلم وحربى قد جرى بينهما أمان ، والا فلا يحرم الربا بينهما . وأنظر المغنى جـ٤ ص ٣٢ ، فقد ذكر عن الامام أحمد روايتين كالمذهبين الحنفى والشافعى .

وهو قول ابن القاسم من المالكية فقد سأل سحنون ابن القاسم فقال : هل سمعت مالكا يقول بين المسلم اذا دخل بلاد الحرب وبين الحربى ربا ؟ قال : لم اسمع من مالك فيه شيئا ، ولا أرى للمسلم أن يعمد لذلك . أهـ المدونة جـ٣ ص ٢٧٩.
وبه يقول أبو محمد بن حزم : المحلى جـ٩ ص ٥٨٥ و ص ٥٨٧.

(٢) أى فى دار الحرب . خلافا لابى يوسف حيث وافق الشافعى فى هذا . أنظر الهداية جـ٦ ص ١٧٧ التبيين جـ٤ ص ٩٧ . مجمع الانهر جـ٢ ص ٨٩ والتى تليها .

لنـــا : هو أنه جنس فيه الربا بيع بعضه ببعض متفاضلا (٣) ، فلم يصـح ولـم يحمل على الاباحة كما لو كانا في دار الاسلام (٤) ، ولان كل عقد لم يصح في دار الاسلام لم يصح في دار الحرب كنكاح المجوسية (٥) ، وشراء الخمر (٦).

قالوا : روى مكحول (٧) أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : (لا ربا بين المسلم والكافر في دار الحرب (٨)) .

---

(٣) أي المبيع الربوي بينهما .

(٤) حيث يحرم بينهما الربا حينئذ قطعا .
بجامع انه جنس فيه الربا بيع بعضه ببعض متفاضلا في كل من الاصل وهو مالو تبايعا في دار الاسلام ، والفرع وهو مالو تبايعا في دار الحرب.
ولما كان حكم الاصل حرمة ذلك البيع كان حكم الفرع كذلك فيحرم الربا في دار الحرب بينهما أيضا لذلك .

(٥) حيث لا يصح نكاحها في دار الحرب. ولا في دار الاسلام.

(٦) حيث لا يجوز أيضا شراء الخمر في دار الحرب. ولا في دار الاسلام.
والجامع في القياس المذكور هو عدم صحة العقد في دار الاسلام في كل من الاصل وهو نكاح المجوسية وشراء الخمر في دار الحرب ، والفرع وهو الربا في دار الحرب.
ولما كان حكم الاصل بطلان العقد فيه بينهما ، كان حكم الفرع كذلك فلا يجوز الربا في دار الحرب بين المسلم والكافر أيضا لذلك .

(٧) هو مكحول الدمشقي . أنظر ترجمته في المسألة رقم (١) هامش (٣٤) .

(٨) قال عنه في النصب جـ٤ ص ٤٤ : غريب - ثم نقل عن الشافعي قوله : وهذا ليس بثابت ولا حجة فيه . أهـ .

وقال في المجموع جـ٩ ص ٣٩١ : مرسل ضعيف . أهـ .

قلـــنا : هو مرسل (٩)، ولانه يحتمل انه أراد لايجوز، كما قـــال : (لا جلب ولا جنب ولا شغار) (١٠)، أي لا يجوز وانما خص دار الحرب (١١) حتى لا يعتقد أنه دار اباحة فيجوز ذلك .

---

(٩) أي فلا حجة فيه، ولانه خالف عموم الادلة المحرمة للربا فيشمل دار الحرب ودار الاسلام بين المسلم والمسلم وبين المسلم والكافر.

(١٠) رواه الترمذي جـ٣ ص٤٣١. باب ماجاء في النهي عن نكاح الشـــغار عن عمران بن الحصين مرفوعا : لا جلب ولا جنب ولا شغار في الاســـلام ومن انتهب نهبة فليس منا .أهـ ثم قال : هذا حديث حسن صحيح .أهـ ورواه عنه أيضا النسائي جـ٦ ص١١١ كتاب النكاح تحت عنوان الشغار. ورواه أبو داود بنحوه جـ٣ ص٣٠ كتاب الجهاد باب في الجلب علـــى الخيل في السباق رقم / ٢٥٨١ ولفظه : لا جلب ولا جنب. زاد يحيى - هو ابن خلف - في الرهان .أهـ
وتعقيبا على تصحيح الترمذي للحديث، قال المنذري : وقد ذكـــر أبو حاتم الرازي وغيره من الائمة أن الحسن البصري ليس يصح له ســماع من عمران بن الحصين .أهـ مختصر سنن أبي داود جـ٣ ص٤٠٢ بـــاب الجلب على الخيل في السباق . رقم/ ٢٤٧٠.
والجلب بالفتح ، له معنيان : الأول أن ينزل المصدق - وهو جامـــع الزكاة - في مكان ثم يرسل من يجلب اليه الاموال من أماكنها ليأخـــذ صدقتها فنهى عن ذلك وأمر بأخذ الصدقة منهم وهم في أماكنهـــم والمعنى الثاني : هو الصياح على الخيل أثناء السباق حثا لها علـــى زيادة السرعة فنهوا عن ذلك اكتفاء بشد اللجام والغمز.
والجنب بالفتح أيضا هو أن يجنب في السباق فرسا الى فرسه الذي يسابق عليه فاذا فتر المركوب تحول الى المجنوب. أنظر النهاية جـ١ ص٢٨١ وص٣٠٣
والشغار بكسر المعجمة هو أن يزوج الرجل موليته على أن يزوجه الاخر موليته ولا صداق بينهما فيكون بضع أحداهما صداقا للاخرى، وهو من أنكحـــة الجاهلية فنهى عنها الاسلام. أنظر النهاية جـ٢ ص٤٨٢.

(١١) أي بالنص على تحريم الربا فيها ولم يكتف بعموم الادلة الواردة فـــي تحريم الربا .

قالوا : الدار دار اباحة،(١٢) فيمكن أن يحمل الزيادة(١٣) على وجه الاباحة، واذا أمكن حمل البيع على الصحة، لم(١٤) يحمل على الفساد ، ولهذا يجوز شراء اللحم من القصاب ، وان جاز أن يكون ميتة.(١٥)

قلنا : مع الأمان(١٦) لا يمكن الاباحة الا باخفار،(١٧) ولم يوجد ذلك،(١٨) وبلا(١٩) أمان لا يمكن(٢٠) لانهما قصدا المعاوضة، فلا يصرف ذلك الى المناهبة.(٢١) ولأن في

---

(١٢) أي بسبب حرابتها .

(١٣) أي على رأس المال ، وهي الربا .

(١٤) في نسخة ((ب)) : ولم . / بزيادة حرف العطف ، ولا محل له هنا .

(١٥) حملا للعقد على الصحة مع احتمال أن يكون حراما فيما لو كان المبيع قد مات قبل تذكيته .

(١٦) في نسخة ((ب)) : مع الامكان . / والمقصود بالامان عقده كأن يدخل المسلم دارهم بعقد أمان . وهو ما يسمى الان بالتأشيرة أو الفيزا . ( ) .

(١٧) في نسخة ((ب)) : الا باحقا . / والمقصود بالاخفار نقض عقد الامان وإزالته من خفرت الرجل اذا اجرته ، واخفرته اذا ازلت خفارته . فالهمزة للسلب والازالة ، كقولك اشكيت الرجل اذا ازلت شكايته ، ومنه قولهم : قد أعذر من أنذر . أنظر النهاية جـ٢ ص ٥٢ .

(١٨) أي الاخفار .

(١٩) في نسخة ((ب)) : وبالأمان .

(٢٠) أي حمله على الاباحة .

(٢١) في نسخة ((ب)) : الى الاباحة . / والمناهبة من النهب بفتح فسكون من باب نفع وهي الغلبة على المال والقهر . أنظر المصباح جـ٢ ص ٢٩٨ . وانما لم يصرف ذلك الى المناهبة ، لان الامور بمقاصدها . والمسلم هنا قصد البيع لا المناهبة .

دار الاسلام يمكن أن يجعل الزيادة هبة[٢٢] ، ثم لا يفعل[٢٣] ، واذا تزوج بخمس نسوة[٢٤] يمكن أن يجعل ذلك استرقاقا[٢٥] ولا يفعل ، واذا بيع جيفة[٢٦] المشرك بمال يمكن أن يجعل ذلك اباحة ، ولا يفعل ، وأما لحم القصاب ، فالظاهر من اليد الملك[٢٧] ، والظاهر من هذا[٢٨] الفساد .

---

(٢٢) أى من الحربى للمسلم فلا تأخذ حكم الربا .

(٢٣) أى لا يقول بذلك أبو حنيفة ، وقد كان ينبغى له أن يقوله لان الزيادة من الحربى فى دار الحرب اذا حملته على النهبة لتجوز للمسلم ولا تسمى ربا فعليه أن يقول ان الزيادة من الحربى فى دار الاسلام يمكن أن تسمى هبة منه للمسلم . وعليه فيجب عليه أن يبيح الربا بين المسلم والحربى فى دار الاسلام وهو لا يقول ذلك .

(٢٤) أى فى دار الحرب.

(٢٥) أى فى الخامسة منهن .

لانه لا يحل له تزوج أكثر من أربعة للآية (فانكحوا ماطاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع) النساء آية/ ٣ . أى فليجعل أبو حنيفة الخامسة بمنزلة الامة لتحل ، لكنه لا يقول ذلك مع أن قوله فى اباحة الربا فى دار الحرب وتسميته نهبة يشبه هذا .

(٢٦) فى نسخة ((ب)) : واذا بيع المشترك بما يمكن . . الخ .

(٢٧) أى الاصل أن تكون السلعة ملكا لواضع اليد عليها ، فحمل العقد فيها على الصحة .

أى ولا يظن بالمسلم أن يملك الميتة فضلا عن أن يبيعها .

(٢٨) أى الربا فى دار الحرب . / والمقصود أن بين الاصل والفرع فى قياسهم فارقا لان الظاهر فى بيع القصاب اللحم أن يكون مذبوحا ، فحمل البيع فيه على الصحة والظاهر من الزيادة فى دار الحرب الربا ، فحمل العقد فيه على الفساد ،

والاصل العمل بالظاهر ، مالم يصرفنا عن العمل به صارف .

أى والقياس مع الفارق باطل ، فما انبنى عليه فهو باطل .

* مسـألة (٢٦) : الاثمان تتعين (١) بالبيع (٢) ./ ١٣٤ ش.

وقال أبو حنيفة : لا تتعين (٣).

لنـا : انه عوض مشار اليه في العقد (٤)، فتعين به كالعروض (٥)، ولان ما تعين

---

(١) في تصحيح التنبيه ص ٧٥ : الاثمان : الدراهم والدنانير خاصة . أهـ والمقصود انه يقع التعاقد على عين المال المدفوع ثمنا للسلعة . وفائدة الخلاف : فيما لو تلفت تلك الدراهم المعينة قبل القبض انفسخ العقد . وعند أبي حنيفة لا . وأيضا لو أراد أبدالها لا يصح، وعند أبي حنيفة له ذلك ، وأيضا لو وجد بها عيب انفسخ العقد وليس له طلب البدل ، وعنده له ذلك .

أنظر المجموع جـ٩ ص ٣٢٢ .

(٢) فتح العزيز جـ٨ ص ٤٣٠ . المجموع جـ٩ ص ٢٥٧ ، وص ٣٢٢ .
وهو قول الحنابلة . شرح المنتهى جـ٢ ص ٢٠٥ . كشاف القنـاع جـ٣ ص ٢٥٨ . وذكر في المغني جـ٤ ص ٣٥ رواية أخرى عن أحمـد انها لا تتعين بالعقد .
وبه يقول المالكية : المنتقى جـ٤ ص٢٠٢ .

(٣) أي لا بقبضها . المبسوط جـ١٤ ص ٢ . الهداية جـ٥ ص ٤٩٦ . التبيين جـ٤ ص ١٤ .
ولم أقف على قول ابن حزم في ذلك .

(٤) في نسخة ((ب)) : في العقد به ./ لانه يقول في العقد : بعتك هـذه السلعة بهذه العشرة دراهم مثلا .

(٥) في الاصل : فتعين بالعروض./ وهو تحريف. وماأثبتناه من نسخة ((ب)).
وفي المختار ص٤٢٤ : قال أبو عبيد : العروض - بضم الاول والثانـي - الامتعة التي لا يدخلها كيل ولا وزن ولا تكون حيوانا ولا عقارا . أهـ .
والجامع في القياس المذكور هو أن كلا عوض مشار اليه في العقد ، أما الاصل فالعروض ، واما الفرع فالاثمان .

=

به غير النقود تعين به النقود (٦) ، كالقبض والغصب والوديعة والوكالة والوصية (٧) ،

ولانه لو لم يتعين لوجب اذا (٨) عين البيع فى دراهم جزافا (٩) ان يبطل العقد ،

لانه تعلق العقد بمجهول فى الذمة (١٠) .

قالوا . لا غرض فى تعيينه (١١) ، فأشبه المكيال (١٢) .

= ولما كان حكم الاصل تعين العروض بالاشارة اليها فى العقد ، كان حكم الفرع كذلك فتتعين الاثمان بالتعيين أيضا لذلك .

(٦) فى نسخة ((ب)) : المنقود .

(٧) حيث يتعين النقود بالمذكورات .
بجامع التعيين فى غير النقود فى كل من الاصل وهو القبض والغصب والوديعة والوكالة والوصية ، والفرع وهو البيع.
ولما كان حكم الاصل تعين النقود بالمذكورات ، كان حكم الفرع كذلك فتتعين النقود بالبيع أيضا لذلك .

(٨) سقط لفظ (اذا) من الاصل .

(٩) حال من الدراهم ، والجزاف بجيم مضمومة هو بيع الشى لا يعلم كيله ولا وزنه وهو فارسى معرب . والمجازفة فى البيع المساهلة فيه ، ويقال لمن يرسل كلامه ارسالا من غير قانون جازف فى كلامه . أنظر المصباح جـ١ ص١٠٨ .

(١٠) وهو عدد الدراهم ، لان الذمة لا تتحمل مجهولا ، أى والحال أن العقد لا يبطل به ، فصح أن الاثمان تتعين بالتعيين .

(١١) لانها كلها متشابهة . فكان تعيينها لغوا .

(١٢) حيث لا يتعين بالتعيين .
بجامع عدم الفائدة فى تعيينه فى كل من الاصل وهو المكيال ، والفرع وهو الاثمان ، ولما كان حكم الاصل عدم تعينه بالتعيين ، كان حكم الفرع كذلك فلا تتعين الاثمان بالتعيين أيضا لذلك .

قلـــنا : بل فيه غرض ، وهو أن يكون البائع أحق بها اذا أفلس المشترى .(١٣)

ولا ن العين اكمل من الدين ، ولهذا لا يجوز الدين فى زكاة العين ،(١٤) ثم يبطـــل(١٥)

بالقفيز من صبرة ، والمكيلة من دبة ،(١٦) ولانه لو صح هذا لما تعين فى الغصـب

والوديعة والوصية ،كالمكيال .(١٧)

قالوا : يصح العقد دون تعيينه ، فلم يتعين ،كما لو آجره أرضا ليزرعها حنطة .(١٨)

---

(١٣) اذ لو لم تكن معينة لما أمكن له ذلك لأن حقه حينئذ يتعلق بذمة المفلس.
والدليل على كونه أحق بها مارواه مسلم جـ٣ ص ١١٩٣ كتاب المساقـاة ،
باب من أدرك ماباعه عند المشترى وقد أفلس فله الرجوع فيه ،رقم ٢٢ / ٢٢
عن أبى هريرة مرفوعا : من أدرك ماله بعينه عند رجل قد أفلس أو انسـان
قد أفلس فهو أحق به من غيره .أهـ

(١٤) أى لا يجوز أن يمنع الفقراء حقهم فى ماله الذى وجبت عليه الزكاة فيـــه
بأن يعطيهم حقهم عينا من مال آخر .

(١٥) أى وقولهم بأنه لا غرض فى تعيين الثمن .

(١٦) الدبة بدال مهملة مشددة مفتوحة فموحدة من تحت مفتوحة أيضا هـــى
التى يجعل فيها الزيت والبزر والدهن . وتجمع على دباب ككتاب .أنظر
اللسان جـ١ ص ٣٧٢ .
والمراد أن تعيين المشترى القفيز من هذه الصبرة والمكيلة من هذه الدبة
يفيد انه يجب اعطاؤه منها لا من غيرها مع أنها مكيال .

(١٧) حيث لا يتعين بعينه بل المقصود منه حكاية الحجم فسواء كان بهـــذا
المكيال أو ذاك فانه لا تأثير للتعيين فيه مادام يحكى نفس الحجم .
أى والحال أن النقد يتعين بالغصب والوديعة والوصية ، فيتعين فى البيـــع
أيضـــا .

(١٨) حيث لا تتعين الزراعة فى الحنطة فقط بل له أن يزرعها بغيرها .
بجامع صحة العقد بدون التعيين ، فى كل من الاصل وهو مالو آجره أرضـا
ليزرعها حنطة ، الفرع وهو مالو باعه وعين له الثمن .
ولما كان حكم الاصل عدم تعين الحنطة فى الزراعة ، كان حكم الفرع كذلـــك
فلا يتعين الاثمان بالبيع أيضا لذلك .

قلنــا : يبطل بالقفيز من صبرة ، والمكيلة من دبه،(١٩) والعبد يصــح اطلاقه فى الصداق(٢٠) ثم يتعين(٢١) ، والعروض يصح اطلاقها فى السلم ثم تتعين(٢٢) ، وذكر الحنطة فى الاجارة تقدير للمعقود عليه(٢٣)، فهو كالمكيال فى البيـع(٢٤) ، وهذا تعيين(٢٥) للمعقود عليه ، فهو كالمكيل فى البيع(٢٦).

---

(١٩) حيث يصح العقد ويتعين القفيز والمكيلة بالتعيين .

(٢٠) بأن يجعله مهرا فى النكاح من غير أن يعينه .

(٢١) أى اذا عينه فى الصداق .

(٢٢) أى فيما اذا جعلها رأس مال فى السلم .

(٢٣) فى نسخة ((ب)) : المعقود عليه . / وهو المنفعة . لان الارض تتأثـر بما يزرع فيها ، فاذا زرعها بغير الحنطة فقد يصيبها ضرر ، فقـدرت الاجرة بحسب ما يصيبها منه .

(٢٤) حيث لا يتعين بتعيينه .
بجامع التقدير للمعقود عليه فى كل من الاصل وهو ذكر المكيال فى البيع، والفرع وهو ذكر الحنطة فى الاجارة ، ولما كان حكم الاصل عدم تعينـه بالتعيين فى البيع ، كان حكم الفرع كذلك فلا تتعين الحنطة فى الاجارة أيضا لذلك .

(٢٥) أى تعيين الاثمان .

(٢٦) حيث يتعين بالتعيين .
بجامع التعيين للمعقود عليه فى كل من الاصل وهو المكيل فى البيـع والفرع وهو الاثمان فيه . ولما كان حكم الاصل هو تعين المكيل فيه كـان حكم الفرع كذلك فتتعين الاثمان فى البيع أيضا .
والمقصود اثبات الفارق بين الاصل والفرع فى قياسهم ، فان ذكر المعقود عليه فى الاصل فى قياسهم تقدير له . وذكر المعقود عليه فى الفرع تعيين له ، وبين التقدير والتعيين فـرق . والقياس مع الفارق باطل .

قالوا : ثمن فلم يتعين ، كالمطلق .(٢٧)

قلنا : كونه ثمنا لا يمنع التعيين كما أن كون العرض مثمنا لا يمنع الاثبات في الذمة،(٢٨) والمعنى في المطلق انه أطلق ، فهو كالعبد المطلق في الصداق،(٢٩) وهذا(٣٠) عينه فهو كالعبد المعين .(٣١)

قالوا : ولان المضاربة(٣٢) تختص بالاثمان،(٣٣) لانها تثبت في ذمة العامل،(٣٤) فيستحق ربح ماضمن ولو تعينت(٣٥) لم يجز، لانه يأخذ ربح(٣٦) مالم يضمن ،

---

(٢٧) أي كالثمن المطلق ، حيث لا يتعين بالتعيين .
بجامع أن كلا ثمن ، اما الاصل فهو الاثمان المطلقة، واما الفرع فهو الثمن المعين ، ولما كان حكم الاصل ، وعدم تعينه بالتعيين ، كان حكم الفرع كذلك فلا يتعين الثمن بالتعيين أيضا لذلك .

(٢٨) أي اذا اتلف .

(٢٩) حيث لا يتعين العبد في حال الاطلاق ، بل يجب عليه مايقع عليه الاسم من العبيد .

(٣٠) أي الثمن في البيع.

(٣١) أي في الصداق ، حيث يتعين به ، والمراد اثبات الفارق بين الاصل والفرع في قياسهم لابطاله به .

(٣٢) في نسخة ((ب)) : ولان المضارة . / والمضاربة هي : شركة في الربح بمال من جانب وعمل من جانب. أهـ مجمع الانهر جـ٢ ص ٣٢١ .

(٣٣) أي بالدراهم والدنانير فقط دون العروض وغيرها .

(٣٤) أي المضارب وهو الذى يبذل عمله في الاتجار بمال شريكه الباذل رأس المال .

(٣٥) أي ولو تعينت الاثمان في المضاربة لم يجز، وذلك لان الاعيان لا تثبت في الذمة ، فلا يستحق المضارب ربح ماضمن .

(٣٦) في الاصل (يأخذ الربح) . ووجه المنع في ربح مالم يضمن انه غير متعرض للخسارة فأشبه الربا .

كالعروض . (٣٧)

قلنا : لم يختص لما ذكرت ، فان العامل لا يستحق الربح بالضمان (٣٨) ، بل يأخذه بالعمل ، ولانه يمكنه أن يشترى . بجنس (٣٩) العروض فى الذمة (٤٠) ، فيأخذ ربح ماضمن (٤١) ، وانما اختصت (٤٢) بالاثمان لانها لو جازت فى العروض لزمه رد العرض (٤٣) ، وربما زادت قيمته فتستوعب جميع الربح (٤٤) ، وربما نقصت (٤٥) فيشترى مثله ببعض الاموال (٤٦) ، فيأخذ (٤٧) بعض رأس المال ، وهذا (٤٨) لا يوجد فى الاثمان .

---

(٣٧) حيث لم يجز المضاربة بها لانها معينة واذ هى كذلك فلا تثبت فى الذمة ، فلا يستحق لذلك ربح ماضمن .

(٣٨) أى فى مقابلة تعرضه والتزامه ضمان مال المضاربة .

(٣٩) فى الاصل : جنس . / بحذف الباء .

(٤٠) فى نسخة ((ب)) : (بجنس العروض قلنا لم يختص لما ذكرت فى الذمة الخ . .) فقوله (قلنا لم يختص لما ذكرته) مقحم لا محل له وانما كان بذهول من الناسخ .

(٤١) أى فيبطل به تعليلكم المذكور فى اختصاص المضاربة بالاثمان .

(٤٢) أى المضاربة .

(٤٣) فى الاصل (لزمه رد العوض) . / وهو تحريف .

(٤٤) فى نسخة ((ب)) : جميع الربح بها . / أى وهذا خلاف مايقتضيه عقد المضاربة من توزيع الربح والخسارة على كل منهما بحسبه .

(٤٥) فى نسخة ((ب)) : أو ربما .

(٤٦) فى نسخة ((ب)) : ببعض المال . / أى مال المضاربة ليدفعه بدلا عما نقصت قيمته من العروض التى جعلت رأس مال المضاربة .

(٤٧) فى نسخة ((ب)) : ويأخذ .

(٤٨) أى أخذ بعض رأس المال فى حال نقص قيمة العرض - فيما لو جاز جعله رأس مال فى شركة المضاربة - لا يوجد فى الاثمان ولذلك جاز أن تكون الاثمان رأس مال فيها دون العروض .

قالوا : ولانه لو لم تحتمل الابدال (٤٩) لما جاز أخذ البدل عنها في الذمة (٥٠). كالعروض في السلم (٥١).

قلنا : في أحد القولين يجوز (٥٢). ولانه يجوز أخذ البدل عما في الذمة من غير جنسه (٥٣) ثم لا يجوز ابداله بغير جنسه ، اذا عين (٥٤)، والعروض لا يجوز أخذ البدل عنها في السلم لانه غير مستقر (٥٥). فهو كرأس مال الصرف، والسلم (٥٦)،

---

(٤٩) بمعنى أن الاثمان لو تعينت بالتعيين .

(٥٠) أي فيما لو تلفت. وانما لم يجز أخذ البدل في الذمة عن المعين لان الذمة لا تتحمل معينا من المال . لكن الحال انه يجوز أخذ البدل عن الاثمان في الذمة ، فدل على أنها لا تتعين بالتعيين .

(٥١) حيث لو تلفت وكانت هي المسلم فيه ، لما جاز أخذ البدل عنها في الذمة ، لانها معينة .

(٥٢) في الاصل : في أحد القولين لا يجوز . / وما أثبتناه من نسخة ((ب)) أولى ، لان المراد هنا المعارضة ، وبما أن الحنفية قائلون بعدم جواز أخذ البدل عن العروض في السلم في الذمة فقد ناسب أن يكون الجواب في المعارضة بالايجاب ، وأنظر القولين في المنهاج ص٥٤ ، وقد ذكر قول الجواز بصيغة التمريض . اشارة الى تقوية القول الآخر.

(٥٣) كأن يدفع فضة عن ذهب واجب عليه في الذمة .

(٥٤) أي فدل على أنه يتعين بالتعيين . وان قياسكم المعين من الاثمان على غير المعين – وهو العروض في السلم – قياس مع الفارق .

(٥٥) أي وليس لان العروض لا تحتمل الابدال . وانما كان البدل في السلم غير مستقر لكونه معرضا للفسخ .

(٥٦) حيث لا يجوز الاعتياض عنه لما يؤدي اليه من تأخير القبض عن المجلس. بجامع عدم الاستقرار في كل من الاصل وهو مال الصرف والسلم ، والفرع وهو العروض في السلم ، ولما كان حكم الاصل هو عدم جواز الابدال في الصرف والسلم . كان حكم الفرع كذلك فلا يجوز الابدال في عروض السلم أيضا لذلك .

والثمن فى البيع مستقر (٥٧)، فهو كالعروض فى الاتلاف. (٥٨)

---

(٥٧) أى فتعين بالتعيين .

(٥٨) حيث تتعين به .

بجامع استقرار الثمن فى كل من الاصل وهو العروض ، والفرع وهو الاثمان ، ولما كان حكم الاصل تعين العروض باتلافها ، كان حكم الفرع كذلك فتتعين الاثمان بالتعيين أيضا لذلك .

والمراد اثبات الفارق بين الاصل والفرع فى قياسهم الاثمان على العروض فى السلم فى عدم التعيين فيهما . والقياس مع الفارق باطل .

" مســـائل الثـــمار * "

* مسألة (٢٧) : اذا باع نخلا وعليه طلع (١) غير مؤبر (٢) ، فالثمرة للمشترى (٣) / ١٣٥ ى

---

* جمع ثمرة ، بفتحتين ، ومثله الثمر ، فالاول مؤنث ويجمع على ثمرات كقصبة وقصبات ، والثانى مذكر ويجمع على ثمار كجبل وجبال ، ثم يجمع الثمار على ثمر ككتاب وكتب ثم يجمع على أثمار مثل عنق وأعناق .
والثمر هو الحمل الذى تخرجه الشجرة . سواء اكل أو لا ، فيقال ثمر الاراك ، وثمر النخل . قال الأزهرى : اثمر الشجر : اطلع ثمره أول ما يخرجه فهو مثمر ، ومن هنا يقال لما لا نفع فيه : ليس له ثمرة . أنظر المصباح جـ١ ص ٩٢ والمختار ص ٨٦ .

(١) فى المصباح جـ٢ ص٢٣ : والطلع بالفتح : ما يطلع من النخلة ثم يصير ثمرا ان كانت انثى وان كانت النخلة ذكرا لم يصر ثمرا بل يؤكل طريا ، ويترك على النخلة أياما معلومة حتى يصير فيه شئ ابيض مثل الدقيق وله رائحة زكية فيلقح به الانثى . أهـ . وفى شرح المنتهى جـ٢ ص٢٠٩ : تشقق طلعه أى وعاء عنقوده . أهـ

(٢) اسم مفعول من ابرت النخل بفتحتين كضرب وقتل أى لقحته ، وابرته تأبيرا بالتشديد مبالغة وتكثير . أنظر المصباح جـ١ ص٤ وفى الجواهر جـ٢ ص٥٩ : تأبير النخل تعليق طلع الذكر على ثمر الانثى لئلا يسقط ويسمى لقاحا أيضا . أهـ .

(٣) المختصر ص ٧٩ . الام جـ٣ ص ٤١ . المنهاج ص ٥١ .
وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى جـ٢ ص ٢٠٩ . كشاف القناع جـ٣ ص ٢٦٨ . المغنى جـ٤ ص ٥١ .
وبه يقول المالكية : الشرح الصغير جـ٢ ص ٨٣ . الجواهر جـ٢ ص ٥٩ . القوانين ص ٢٨٨ .
واليه ذهب أبو محمد بن حزم : المحلى جـ٩ ص ٤٢٤ .

وقال أبو حنيفة : هي للبائع.(٤)

لنا : ما روى ابن عمر(٥) ان النبي صلى الله عليه وسلم قال : (من باع نخلا بعد أن تؤبر فثمرتها للبائع الا أن يشترط المبتاع(٦)) . وروى عكرمة بن خالد المخزومي(٧) ، ان رجلا اشترى نخلا قد أبرها صاحبها فحاكمه(٨) الى النبي صلى الله عليه وسلم فقضى أن الثمرة لصاحبها الذى قد أبرها الا أن يشترط المبتاع.(٩) ولانه نماء كامن في المبيع من أصل الخلقة ، فجاز أن يتبعه باطلاق(١٠)

---

(٤) أى الا أن يشترطها المبتاع .
فتح القدير جـ ٥ ص ٤٨٦ . التبيين جـ ٤ ص ١١ . مجمع الانهر جـ ٢ ص ١٦ .

(٥) أنظر ترجمته في المسألة رقم (٤) هامش (٣) .

(٦) رواه مسلم جـ ٣ ص ١١٧٢ باب من باع نخلا عليها تمر . رقم / ٧٧ من كتاب البيوع .
ورواه البخارى جـ ٢ ص ٥٥ كتاب المساقاة باب الرجل يكون له ممر أو شرب في حائط أو في نخل .
ورواه مالك في الموطأ ص ٢٨٠ باب من باع نخلا مؤبرا أو عبدا له مال .
رقم / ٧٩٢ .
ورواه الشافعي في الام جـ ٣ ص ٤١ وقال : هذا الحديث ثابت عندنا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أهـ .

(٧) هو عكرمة بن خالد بن العاص بن هشام المخزومي . المكي ، روى عن ابن عباس وابن عمر وأبي هريرة وعنه قتادة وأيوب وابن اسحاق وغيرهم ، وثقه ابن معين ، مات بعد عطاء بن أبي رباح أى بعد سنة أربع عشرة ومائة . روى له الستة الا ابن ماجه . أنظر الخلاصة ص ٢٧٠ .

(٨) في نسخة ((ب)) : فلا حجة . وفي الاصل : فلا بحه . وكلاهما غير واضح . وما أثبتناه هو الصحيح .

(٩) في نسخة ((ب)) : الا أن يشترطها .

(١٠) رواه الشافعي في الام جـ ٣ ص ٤٢ باب ثمر الحائط يباع أصله ، عن سعيد ابن سالم عن ابن جريج ان عطاء أخبره ان رجلا باع على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم حائطا مثمرا ولم يشترط المبتاع الثمر ولم يستثن البائع =

البيع ،كالحمل واللبن[١١] ولا يلزم اذا ابر بعضه،[١٢] لان التعليل للجواز،[١٣] ولانه نماء كامن ،لظهوره غاية ،فجاز أن يتبع الاصل[١٤] في البيع، كالحمل،[١٥] ولا يلزم اذا أبر بعضه،[١٦] لان هناك[١٧] قد يجوز أن يتبع وهو اذا أفرد بالعقد .

= الثمر ولم يذكراه فلما ثبت البيع اختلفا في الثمر فاحتكما فيه الى النبي صلى الله عليه وسلم فقضى بالثمر للذى لقح النخل للبائع .أهـ .

واشار ابن حجر في التلخيص جـ٣ ص٢٧ باب بيع الاصول والثمار رقم/١٢٠٩ الى الحديث فعزاه الى : البيهقي في المعرفة من طريق الشافعي من مرسل عطاء ،وعزاه ابن الطلاع في الاحكام الى الدلائل للاصيلي مسندا عن ابن عمر .أهـ .

(١١) حيث يدخل في البيع باطلاقه .
بجامع كونه نماء كامنا في المبيع من أصل الخلقة في كل من الاصل وهو الحمل واللبن والفرع وهو الطلع غير المؤبر.
ولما كان حكم الاصل دخوله في المبيع،كان حكم الفرع كذلك فتكون الثمرة في النخل للمشترى أيضا لذلك .

(١٢) أي حيث يلحق غير المؤبر بالمؤبر منه ويكون الجميع للبائع لما في تتبع ذلك للتمييز بينهما من العسر،فكان للبعض منها حكم الكل . أنظر شرح المحلي جـ٢ ص٢٣٠.

(١٣) أي لان التعليل الذى هو كون الطلع نماء كامنا في المبيع من أصل الخلقة انما كان لتعليل جواز تبعيته للأصل اذا لم يؤبر،لا لوجوب تبعيته له .

(١٤) وهو النخل .

(١٥) حيث يتبع امه في البيع.
بجامع كونه نماء كامنا لظهوره غاية معينة في كل من الاصل وهو الحمل والفرع وهو الطلع غير المؤبر.
ولما كان حكم الاصل تبعيته لامه في البيع،كان حكم الفرع كذلك فيتبع الطلع غير المؤبر النخل في البيع أيضا لذلك .

(١٦) أي حيث يلحق بغير المؤبر وتكون ثمرة المؤبر وغير المؤبر للمشترى .

(١٧) أي في حال تأبير بعضه .

ولانه باع أصلا[18] مطلقا قبل ظهور المقصود من ثمره، فلم تكن الثمرة له، كالو باع شجرة وعليها نور[19].

قالوا : ثمرة يجوز افرادها بالبيع، فلم تتبع الاصل فى البيع، كطلع الفحال[20] والمؤبر وسائر الثمار[21].

---

(١٨) سقط لفظ (أصلا) من نسخة ((ب)).

(١٩) النور بفتح فسكون ويقال النورة والنوار كرمان وهو الزهر أو الابيض منه خاصة، واما الاصفر فزهر، والجمع أنوار، تقول : نور - بتشديد الواو - الشجر تنويرا اخرج نوره كأنار. أنظر القاموس جـ٢ ص١٤٩. وفى المصباح جـ٢ ص٣٠١ : نور الشجرة مثل فلس : زهرها. أهـ.

• والجامع فى القياس المذكور هو بيع الاصل قبل ظهور المقصود من ثمره، فى كل من الاصل وهو مالو باع شجرة وعليها زهرها والفرع وهو مالو باع نخلة لم تؤبر.

ولما كان حكم الاصل عدم امتلاك البائع ثمرة الشجرة المنورة كان حكم الفرع كذلك فلا يملك البائع ثمرة النخل غير المؤبر أيضا لذلك.

(٢٠) فى نسخة ((ب)) : كطلع الفحول. / وفى المصباح جـ٢ ص١١٧ : الفحل الذكر من الحيوان جمعه فحول وفحولة وفحال، وفى ذكر النخل الذى يلقح حوامل النخل لغتان الاكثر فحال وزان تفاح والجمع فحاحيل، والثانية : فحل مثل غيره. وجمعه فحول أيضا مثل فلس وفلوس. أهـ.

(٢١) حيث لا يزول ملك البائع عنها بالبيع.

بجامع ان كلا ثمرة يجوز افرادها بالبيع. اما الاصل فهو طلع الفحال والمؤبر وسائر الثمار وأما الفرع فهو الطلع غير المؤبر.

ولما كان حكم الاصل عدم تبعيتها للاصل فى البيع، كان حكم الفرع كذلك فلا يزول ملك البائع عن الثمرة فى النخل غير المؤبر بالبيع أيضا لذلك.

قلـــنا : فى قول أبى اسحاق (٢٢) لا يجوز افراد (٢٣) الطلع بالبيع ، ثم أوراق الشجرة (٢٤) القائمة فى الدار والنخلة (٢٥) فى البستان يجوز افرادها بالبيع ، ثم يتبع الأصـل (٢٦) ، وطلع الفحال لا نسلم على (٢٧) المنصوص وان سلم ، فلأن ذاك (٢٨) نماء فى نفسه ، ولهـذا يقطع على جهته (٢٩) ويؤكل ما يوطب (٣٠) من اطرافه ، وطلع الأناث (٣١) ليس بنماء فى نفســه ،

---

(٢٢) هو ابراهيم بن أحمد المروزى أبو اسحاق ، كان اماما جليلا غواصـا على المعانى ورعا زاهدا أخذ العلم على ابن سريج وانتهت اليـه رياسة العلم ببغداد ، وانتشر العلم عن أصحابه فى البلاد ، ثم انتقـل فى آخر عمره الى مصر ، وتوفى بها سنة أربعين وثلاثمائة ، له شـرح على مختصر المزنى وهو من أحسن شروحه . وقد دفن قريبا من الشافعى أنظر طبقات ابن هداية الله ص ٦٦ .

(٢٣) فى نسخة ((ب)) : لا يجوز افرادها اذا طلع بالبيع.

(٢٤) فى الاصل (ثم أوراق الشجر والقائمة) . . . / وهـو تحريف.

(٢٥) فى الاصل ونسخة ((ب)) : والنخل . / بالجمع ، والاوضح بالافـراد لان المراد استثناء بعض المبيع.

(٢٦) أى اذا بيع الاصل تبعه المذكورات بالبيع وان كان يصح افرادهـا بالبيع ، فدل على بطلان العلة التى ذكروا ، لوجودها فيما ذكـره ثم تخلف الحكم عنها ، فهى غير مضطردة .

(٢٧) أى لا نسلم أن الطلع لا يتبع فى البيع ، بل يتبعه ويكون للمشترى ، فـى الاصح ، أنظر شرح المحلى جـ٢ ص ٢٣٢ .

(٢٨) فى نسخة ((ب)) : ذلك . / والاشارة الى الطلع.

(٢٩) أى على حاله وهيئته وهى كونه جمارا والجمار بضم فتشديد شحم النخل . أنظر المختار ص ١٠٩ .

(٣٠) فى نسخة ((ب)) : فيؤكل مارطب من اطرافه .

(٣١) فى نسخة ((ب)) : وطلع الاباء .وهو خطأ .

بل نماؤه مافيه (٣٢) والمؤبر وسائر الثمار ظاهرة ، فهو كالحمل المنفصل (٣٣) ، وهذا (٣٤)
كامن من (٣٥) أصل الخلقة ، فهو كالحمل المتصل والثمرة في النور (٣٦) .

قالوا : نماء خارج من الاصل له غاية فلم يتبع الاصل في البيع كالزرع (٣٧) .

---

(٣٢) وهي الثمرة التي لم تظهر بعد .

(٣٣) حيث لا يتبع الاصل في البيع ، بل هو للبائع الا أن يشترطه المبتاع .
بجامع الظهور في كل من الاصل وهو الحمل المنفصل ، والفرع وهو الطلع المؤبر وسائر الثمار .

ولما كان حكم الاصل عدم تبعيته للاصل في البيع ، كان حكم الفرع كذلك فلا يملكه المشترى بالبيع أيضا لذلك .

(٣٤) أي الطلع غير المؤبر .

(٣٥) سقط حرف (من) من نسخة ((ب)) .

(٣٦) أي فيتبع أصله في البيع ، فيكون ملكا للمشترى بجامع أن كلا كامن من أصله الخلقة .

والمقصود اثبات أن بين الاصل والفرع فارقا ، فيبطل به قياسهم المذكور .

(٣٧) حيث لا يملكه المشترى بابتياعه الارض الا أن يشترطه في العقد .
بجامع أن كلا نماء خارج من الاصل له غاية . اما الاصل فهو الزرع في الارض المبيعة .

واما الفرع فهو الطلع غير المؤبر . ولما كان حكم الاصل هو عدم تبعيته للاصل في البيع ، كان حكم الفرع كذلك فلا يتبع الطلع وان كان غير مؤبر - النخل في البيع أيضا لذلك .

قلـــنا : المقصود هو الزرع ، وهو ظاهر،(٣٨) ولهذا يقطع مع اكمامــــه ، فلم يتبع الاصل ،كالحمل اذا انفصل من المشيمة،(٣٩) والمقصود هاهنا(٤٠) هــــو الثمرة،(٤١) ولهذا تؤخذ الثمرة ويترك الطلع مع النخل ،فهو كالحمل(٤٢) المتصل.(٤٣)

قالوا : لو كان غير المؤبر يتبع ،لوجب اذا ابرت نخلة(٤٤) أن يكون مالم يؤبـر للمشترى.(٤٥) كما اذا ولدت شاة،(٤٦) كان مالم تلد للمشترى.(٤٧)

---

(٣٨) أى ولاكذلك الطلع غير المؤبر.

(٣٩) فى نسخة((ب)) : اذا انقطع مع المشيمة. / وهى غشاء ولد الانســان. يخرج معه عند الولادة .

أنظر دائرة معارف القرن العشرين جـ ٥ ص ٤٢٥.

(٤٠) حيث لا يتبع امه بالبيع.

بجامع الانفصال مع الاصل فى كل من الاصل المقيس عليه وهو الحمـــــل اذا انفصل مع المشيمة ، والفرع المقيس وهو الزرع اذا قطع مع أكمامــــه . ولما كان حكم الاصل عدم تبعيته للام بالبيع،كان حكم الفرع كذلك فلا يتبع الزرع أصله أيضا لذلك .

(٤١) أى فى طلع النخل غير المؤبر.

(٤٢) أى وهى لم تظهر بعد .

(٤٣) سقطت كاف التشبيه من (الحمل) فى نسخة ((ب)) .

والجامع فى القياس المذكور هو كونه مقصودا فى البيع،فى كل من الأصـــل وهو الحمل المتصل والفرع وهو الطلع فى النخل .

ولما كان حكم الاصل تبعيته لامه بالبيع ،كان حكم الفرع كذلك فيتبع الطلع غير المؤبر النخل بالبيع أيضا لذلك .

أى وبثبوت هذا الفارق وبين الاصل والفرع يبطل قياسهم المذكور.

(٤٤) فى نسخة((ب)) : نخلتان . / أى دون سائر النخلات المبيعة.

(٤٥) أى والمؤبر للبائع.

أى والحال انكم لا تقولون ذلك ،بل تجعلون مالم يؤبر فى حكم ماجرى تأبيره ، ويكون الجميع للبائع.

(٤٦) أى من القطيع.

(٤٧) أى صار مالم تلد من ذلك القطيع للمشترى ، وماولدت للبائع.

قلـــنا : ولادة الغنم لا تتقارب[٤٨] فلم تجعل ولادة البعض كولادة الكـل[٤٩] ، وتأبير النخل يتقارب ، فجعل تأبير واحدة[٥٠] كتأبير الجميع.

* مسألة (٢٨) : اذا باع نخلا وعليه ثمرة للبائع ، أو ارضا فيها[١] زرع للبائع لم يجبر على قطعها[٢] الى أوان الجذاذ[٣] والحصاد[٤] . / ١٣٥ ش.

---

(٤٨) أى فى وقت الولادة ، بل تتفاوت على مدار السنة . أى ليس لها موسم معين .

(٤٩) أى فما ولد منها فالولد للبائع ، وما لا فللمشترى . فليس للبعض منهـــا حكم الكل .

(٥٠) سقط تاء التأنيث من الاصل ، والصواب اثباتها لان النخلة مؤنث. والتأبير لا يوصف بالافراد ولا بالجمع. والمقصود اثبات ان بين الاصل والفرع فارقا فيبطل به قياسهم المذكور.

(١) فى نسخة ((ب)) : وفيها زرع .

(٢) فى نسخة ((ب)) : على قلعها .

(٣) من الجذ وهو القطع وبابه رد ، ففى المصباح جـ١ ص١٠٢ : جذذت الشئ جذا من باب قتل : قطعته فهو مجذوذ فانجذ أى انقطع، وجذذتــه كسرته ويقال لحجارة الذهب وغيره التى تكسر جذاذ بضم الجيم وكسرها . أهـ والحصاد من حصد الزرع أى قطعه وبابه ضرب ونصر فهو محصود وحصيد . أنظر المختار ص١٣٩ . وفى المصباح جـ١ ص١٥٠ : حصدهم بالسيف استأصلهم . أهـ والفرق بين الحصاد والجذاذ ان الاول يكون فى الزرع والثانى فى الثمــر. أنظر النظم المستعذب جـ١ ص٢٨١ .

(٤) المختصر ص٧٩ . الام جـ٣ ص٤٣ . المنهاج ص٥١ . وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى جـ٢ ص٢٠٩ . كشاف جـ٣ ص٢٦٦ و٢٦٧ . المغنى جـ٤ ص٥٢ . وبه يقول المالكية : الشرح الكبير جـ٢ ص١٧٣ . الجواهر جـ٢ ص٩٥ . شــرح المنح جـ٢ ص٢٧٥ ، واليه ذهب أبو محمد بن حزم : المحلى جـ٩ ص٤٢٤ .

وقال أبو حنيفة : يجبر. (٥)

لنـا : ان مالا يجبر المشترى على نقله لحق الشفيع (٦) ، لم يجبر البائـع على نقله لحق المشترى كنقل (٧) القماش بالليل ، وفى وقت المطر. (٨)

قالوا : ملك المشترى مشغول بملك البائع، فأجبر على تفريغه (٩) ، كما لو بـاع دارا وفيها قماش للبائع. (١٠)

---

(٥) الهداية جـ٥ ص٤٨٦ . التبيين جـ٤ ص١١ . مجمع الأنهر جـ٢ص١٦ .

(٦) أى لتعلق حق الشريك بالشقص المبيع.

وصورة ذلك : أن تكون أرض لشريكين فيها زرع وثمار، فباع أحدهمـا نصيبه من الزرع والثمار بعد بدو الصلاح بشرط التبقية، ثم باع نصيبه من الارض .

فان الشفعة تثبت فى الارض لشريكه فى الشقص المبيع، ولا يجبر مشترى الزرع والثمار على نقلها قبل أوان الحصاد والجذاذ لتعلق حق الشفيع بالشقص المبيع.

(٧) فى نسخة ((ب)) : لنقل . / سقطت منه كاف التشبيه .

(٨) حيث لا يجب على بائع الدار اذا كان فيها قماش لملم بيعه أن ينقله فى تلك الحال خوف تلف القماش وتعرض البائع لخطر هوام الارض أو سباعها .

بجامع عدم اجبار المشترى على نقل المبيع لحق الشفيع ، فى كل من الأصل وهو مالو اشترى دارا فيها قماش للبائع وقت الليل أو نزول المطر، والفـرع وهو مالو اشترى نخلا وعليه ثمر للبائع أو ارضا فيها زرع له .

ولما كان حكم الاصل عدم اجبار البائع على نقله منه، كان حكم الفرع كذلك فلا يجبر البائع على جذ الثمرة أو حصاد الزرع الى أوانه لحق المشترى أيضا لذلك .

(٩) فى نسخة ((ب)) : على تفريقه .

(١٠) حيث يجبر على تفريغها منه .

والجامع فى القياس المذكور هو ان ملك المشترى مشغول بملك البائع فى كل من الاصل وهو مالو باع دارا وفيها قماش للبائع والفرع وهو مالو بـاع شجرة فيها ثمرة للبائع أو ارضا فيها زرع للبائع. ولما كان حكم الاصل اجبار =

قلنا : ذلك[١١] حجة لنا لانه لا يكلف[١٢] نقله في غير أوان النقل ، وهو الليل ، فليكن هذا[١٣] مثله.[١٤] ولان العادة في القماش النقل ، وفي الثمار الترك ، ولهذا يجبر المشتري على نقل القماش لاجل الشفيع[١٥]، ولا يجبر على نقل الزرع.[١٦]

* مسألة (٢٨) : لا يجوز بيع الثمار قبل بدو[١] الصلاح من غير شرط القطع.[٢]

٠/ ١٣٥ ش.

= البائع على تفريغه فورا كان حكم الفرع كذلك فيجبر البائع على قطع الزرع والثمر فورا أيضا لذلك .

(١١) أي القياس على مالو باع دارا وفيها قماش للبائع.

(١٢) في نسخة ((ب)) : لا نكلف.

(١٣) أي، جذ ثمر النخل المبيع ، أو حصد زرع الارض المبيعة .

(١٤) أي، في تأخيره الى أوان النقل وهو الجذ أو الحصاد .

(١٥) لامكان النقل فيه دون ضرر على المشتري .
وصورة ذلك : ان تكون دار لشريكين ، فيها ثياب ، فيبيع أحدهما ما في بيته من الثياب ثم يبيع نصيبه من الدار ، فتثبت لشريكه الشفعة في الشقص المبيع من الدار ، ويجبر مشتري الثياب على نقلها لحق الشفيع.

(١٦) لان في اجبار المشتري على نقل الزرع من أجل الشفيع ضررا .
والمقصود : ابطال قياسهم بيع النخل وفيه ثمر ، على بيع الدار ، وفيها ثياب ، في الاجبار على نقل القماش والثمر عند العقد لفارق العادة فيهما ، وهو عدم الضرر على المشتري في نقل قماشه ، فكانت العادة فيه النقل ، ووجود الضرر على البائع في حصد الزرع أو جذ الثمرة قبل أوانه ، فكانت العادة فيه التبقية .
والقياس مع الفارق باطل .

(١) في نسخة ((ب)) : قبل بداء ./ والبدو الظهور ، تقول بدا الامر اذا ظهر وهو من باب سما . أنظر المختار ص٤٤ .

(٢) المختصر ص٨٠ . الام جـ٣ ص٤٧ . المنهاج ص٥١ .
وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى جـ٢ ص٢١٠ . كشاف القناع جـ٣ ص٢٦٩ =

وقال أبو حنيفة : يجوز.(٣)

لنا : ماروى أنس(٤) أن النبى صلى الله عليه وسلم (نهى عن بيع الثمار حتى تزهى ، قيل : يارسول الله وماتزهى ؟ قال : تحمر)(٥). وروى جابر(٦) أن النبى صلى الله عليه وسلم (نهى عن بيع الثمرة(٧) حتى تشقح ، قيل لجابر :

= المغنى جـ٤ ص٦٣ .
وبه يقول المالكية : الشرح الصغير جـ٢ ص٨٤ . الجواهر جـ٢ ص٦٠ . القوانين ص٢٨٧ ، واليه ذهب ابن حزم : المحلى جـ٩ص٤٨٤ .

(٣) وروى انه لا يجوز بيعه قبل بدو صلاحه مطلقا . والجواز أصح .
ومحل جوازه اذا كان ينتفع به ولو علفا للدواب فيجوز اتفاقا ، والا فقيل يجوز وقيل لا . والصحح الجواز .
أنظر الهداية جـ٥ ص٤٨٨ وفتح القدير عليه . التبيين جـ٤ص١٢ . مجمع الانهر جـ٢ ص١٧ .

(٤) هو أنس بن مالك بن النضر الانصارى البخارى ، صحابى جليل ، خدم النبى صلى الله عليه وسلم عشر سنين ، ذكر ابن سعد انه شهد بدرا . له ألف ومائتا حديث وستة وثمانون حديثا ، روى عن طائفة من الصحابة وعنه بنوه موسى والنضر وأبو بكر والحسن البصرى وثابت البنانى وغيرهم ، مات سنة تسعين وقد جاوز المائة وهو آخر من مات بالبصرة من الصحابة . أنظر الخلاصة ص٤٠ .

(٥) رواه البخارى جـ٢ ص٢٣ باب اذا باع الثمار قبل أن يبدو صلاحها ثم أصابته عاهة فهو من البائع . عن أنس بن مالك رضى الله عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمار حتى تزهى فقيل له : وما تزهى ؟ قال : حتى تحمر ، فقال أرايت اذا منع الله الثمرة بم يأخذ أحدكم مال أخيه . أهـ ورواه مسلم جـ٣ص١١٩٠ كتاب المساقاة . باب وضع الحوائج . رقم/١٥ عن أنس أيضا .
ورواه النسائى أيضا جـ٧ص٢٦٤ تحت عنوان شراء الثمار قبل أن يبدو صلاحها على أن يقطعها ولا يتركها الى أوان ادراكها . عن أنس .

(٦) هو ابن عبد الله الانصارى ، أنظر ترجمته فى المسألة رقم (١٨) هامش (٢٨) .

(٧) فى نسخة ((ب)) : عن بيع الثمار .

ماتشقح ؟ قال : تحمر وتصفر ويؤكل منها[٨]) . ولانه ثمرة[٩] نامية لم يبد صلاحها افردت بالبيع من غير شرط القطع ، فأشبه اذا شرط فيها التبقية.[١٠] ولان اطلاق البيع في الثمار[١١] يقتضى التبقية ، بدليل أن العادة فيها التبقية ، فاذا[١٢] فسد بشرط التبقية[١٣] فسد بالاطلاق ، كما لو باع بثمن مطلق ، وفي البلد نقود مختلفة.[١٤]

---

(٨) رواه البخاري جـ٢ ص٣٢ باب بيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها .
ورواه مسلم جـ٣ ص ١١٧٥ البيوع باب النهي عن المحاقلة والمزابنة وعن المخابرة وبيع الثمرة قبل بدو صلاحها ، رقم/ ٨٤٠ عن جابر قال : نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المزابنة والمحاقلة والمخابرة، وعن بيع الثمرة حتى تشقح ، قال قلت لسعيد - يعني ابن ميناء احد رواة السند - ماتشقح ؟ قال : تحمار وتصفار ويؤكل منها .أهـ .
ورواه أبو داود جـ٣ ص ٢٥٣ باب في بيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها ، رقم/ ٣٣٧٠ .

(٩) في نسخة ((ب)) : ولانها .

(١٠) حيث لا يجوز ذلك اجماعا . قاله ابن قدامة في المغني جـ٤ص٦٣ . لكن حكى ابن حزم في المراتب ص٨٦ ما يفيد وقوع اختلاف فيه ، فقال : واتفقوا على أن بيع الثمر بعد ظهور الطيب في أكثرها على القطع جائز واختلفوا في جوازه على الترك .أهـ .
والجامع في القياس المذكور هو ان كلا ثمرة نامية لم يبد صلاحها افردت بالبيع من غير شرط القطع، اما الاصل فما لو اشتراها وشرط التبقية، واما الفرع فهو مالو اشتراها من غير شرط القطع، ولما كان حكم الاصل عدم الجواز، كان حكم الفرع كذلك فلايجوز من غير شرط القطع أيضا لذلك .

(١١) أي بيعها من غير شرط القطع. ومحل جواز بيعها به مالم يبد صلاحها .

(١٢) في نسخة ((ب)) : فأفسد بشرط التبقية . / بسقوط اداة الشرط (اذا) .

(١٣) أي فيما لم يبد صلاحه .

(١٤) حيث يفسد العقد ،لعدم امكان حمل الثمن عند الاطلاق على واحد من تلك النقود .

قالوا : كل ثمرة جاز بيعها بشرط القطع ، جاز مطلقا ،كما لو بدا صلاحها،(١٥)

قلنا : الشرط ينفي الغرر(١٦) فجاز أن يصح معه،(١٧) ولا يصح مع عدمه ،

كما قلنا في البيع وفي البلد نقود مختلفة(١٨) ، يصح مع شرط ثمن معين(١٩) ، ولا يصح

مع عدمه ،(٢٠) وعندهم يصح بيع عبد من ثلاثة أعبد ، بشرط الخيار ، ولا يجوز مع

عدمه ،(٢١) والمعنى في الاصل(٢٢) أن الثمرة سلمت من العاهة ، وهاهنا(٢٣) معرضة

للعاهة ، فلا يجوز(٢٤) من غير شرط ، ولهذا قال صلى الله عليه وسلم : أرأيت اذا

منع الله(٢٥) الثمرة ، فبم يأخذ أحدكم مال أخيه .(٢٦)

---

(١٥) حيث يجوز بيعها مطلقا بدون شرط القطع.
بجامع جواز البيع بشرط القطع في كل من الاصل وهو مالو بدا صلاحها ،
والفرع وهو مالو لم يبد .
ولما كان حكم الاصل جواز بيعها مطلقا ، كان حكم الفرع كذلك فيجوز
بيعها مطلقا أيضا لذلك .

(١٦) أي ان البيع بشرط القطع يمنع وقوع الغرر فيه وهو خوف أن تصيب الثمر
آفة فتمنع خروج الثمرة فيغبن المشتري ويكون البائع قد أخذ مالا في غير
مقابل ، وهذا من اكل المال بالباطل وهو منهي عنه .

(١٧) أي مع شرط القطع.

(١٨) أي ولم يغلب استعمال واحد منها بعينه في ذلك البلد .

(١٩) في نسخة ((ب)) : مع شرطه بثمن معين .

(٢٠) لانه يؤدي الى البيع بثمن مجهول .

(٢١) أنظر التبيين جـ٤ ص٢١ .

(٢٢) أي المقيس عليه في قياسهم وهو بيع الثمرة اذا بدا صلاحها .

(٢٣) أي حال بيعها قبل بدو صلاحها .

(٢٤) في نسخة ((ب)) : ولا يجوز . / أي بيعها من غير شرط القطع.

(٢٥) في نسخة ((ب)) : أرأيت اذا منع الثمرة . / برفع لفظ الجلالة من الجملة .

(٢٦) رواه البخاري ومسلم والنسائي وقد سبق تخريجه في هامش رقم (٥) من
هذه المسألة .

قالوا : كل عقد جاز على الثمرة مطلقا بعد بدو(٢٧) الصلاح جاز قبله(٢٨)، كالرهن والهبة والوصية وبيع الثمرة مع الأصل(٢٩) .

قلنا : فى الرهن قولان(٣٠)، ثم لا غرر فى الرهن ، لانه اذا هلكت الثمرة بقى دينه فى الذمة ، وهاهنا(٣١) اذا هلكت الثمرة لم يبق له حق(٣٢)، والوصية تصح مع الغرر بخلاف البيع(٣٣). والهبة لا تصح بغير شرط القطع(٣٤)، وان سلم(٣٥) فلأنه لا ضرر

---

(٢٧) فى نسخة ((ب)) : بعد بداء .

(٢٨) فى نسخة ((ب)) : جاز فيه .

(٢٩) حيث تصح هذه العقود على الثمرة مطلقا قبل بدو صلاحها . لصحتها عليها بعد بدو صلاحها .
بجامع جواز العقد على الثمرة مطلقا بعد بدو صلاحها * فى كل من الأصل وهو مالو رهن الثمرة أو وهبها أو أوصى بها أو باعها مع أصلها وهو وهوشجرتها أو ارضها ان كانت زرعا * والفرع وهو مالو باع الثمرة قبل بدو صلاحها .
ولما كان حكم الاصل صحة ذلك العقد ، كان حكم الفرع كذلك فيجوز بيع الثمرة قبل بدو صلاحها من غير شرط القطع أيضا لذلك .

(٣٠) اظهرهما فساد اشتراط أن تكون زوائد الرهن مرهونة معه . واذا فسد الشرط فسد العقد . أنظر شرح المحلى جـ٢ ص٢٦٢ .

(٣١) أى فى حال بيع الثمرة قبل بدو صلاحها .

(٣٢) أى لم يبق للمشترى حق يأخذه فى مقابل مادفعه من الثمن ، لفوات الثمرة عليه بالهلاك .
أى وهذا فارق يبطل به قياس بيع الثمرة قبل بدو صلاحها على رهنها قبل بدوه .

(٣٣) لان الوصية ليست من عقود المعاوضة فاحتملت الغرر بخلاف البيع فهو معاوضه محضة أى وهذا فارق أيضا بين قياس بيع الثمرة قبل صلاحها على الوصية بها قبل بدوه .

(٣٤) لان حكم الهبة حكم البيع ، فما جاز بيعه جاز هبته ومالا فلا كمجهول ومغصوب ونحو ذلك . أنظر المنهاج ص٨٢ .

(٣٥) أى بجواز هبة الثمرة قبل صلاحها بغير شرط القطع على جهة التنزل فى الحجة .

عليه،(٣٦) لانه ليس في مقابلته بدل ، بخلاف البيع ،(٣٧) واذا باع مع الأصل صار تابعا للاصل ،(٣٨) ولا حكم للغرر اذا كان تابعا ، كاللبن في الضرع.(٣٩)

قالوا : اطلاقه يحتمل التبقية والقطع ، فحمل على ما يقتضى الصحة،(٤٠) كما لو قال بعتك نصف هذا العبد المشترك .(٤١)

قلنا : لان العادة انه لا يبيع الا ملكه،(٤٢) والعادة هاهنا(٤٣) التبقية ، فحمل عليها .(٤٤)

---

(٣٦) أي الموهوب له .

(٣٧) أي فانه عقد معاوضه مبناه على التشاح والمغابنة ، أي والقياس مع الفارق باطل .

(٣٨) أي فيجرى عليه حكمه .

(٣٩) حيث لا يؤثر الغرر في عدم معرفة قدر اللبن اذا بيع مع أصله وهو الشاة مثلا . بجامع التبعية للاصل في البيع ، في كل من الاصل المقيس عليه وهو بيع اللبن في الضرع والفرع وهو بيع الثمار قبل بدو صلاحها مع شجرهـا . ولما كان حكم الاصل اغتفار الغرر فيه اذا بيع مع أصله ، كان حكم الفرع كذلك فيغتفر الغرر في بيع الثمرة مع أصلها أيضا لذلك .

(٤٠) وهو القطع . أنظر فتح القدير جـ ٥ ص ٤٨٩ .

(٤١) حيث يحمل على الصحة فيحمل على بيع نصيبه منه .

بجامع احتمال العقد الصحة والفساد ، في كل من الاصل وهو مالو قال : بعتك نصف هذا العبد المشترك ، والفرع وهو مالو باع الثمار قبل بدو صلاحها من غير شرط القطع.

ولما كان حكم الاصل حمل العقد فيه على الصحة ، كان حكم الفرع كذلك فيحمل العقد فيه على الصحة أيضا لذلك .

(٤٢) في نسخة ((ب)) : الا يملك . / بسقوط الاسم الموصول (ما) . أى فحمل العقد فيه على الصحة مراعاة للعادة والعرف في ذلك .

(٤٣) أي في بيع الثمرة قبل بدو صلاحها .

(٤٤) عملا بقاعدة : العادة محكمة . أنظر الاشباه للسيوطي ص ٨٩ القاعدة =

* مسألة (٢٩) : اذا باع بعد بدو(١) الصلاح بشرط التبقية جاز.(٢) /١٣٦ ى .
وقال أبو حنيفة : لا يجوز.(٣)

= السادسة. وهي مبنية على الاثر : مارآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن .أهـ قد قيل انه حديث ،وهذا خطأ ،قال العلائى : لم أجده مرفوعا في شئ من كتب الحديث أصلا ، ولا بسند ضعيف بعد طول البحث، وكثرة الكشف والسؤال وانما هو قول عبد الله بن مسعود موقوفا عليه أخرجه أحمد في مسنده .أهـ أشباه السيوطى ص٨٩ . قلت أنظر المسند جـ١ص٣٧٩ . قال في المقاصد الحسنة ص٣٦٧ رقم/ ٩٥٩ : وهو موقوف حسن ،وأخرجه البزار والطيالسى والطبرانى وأبو نعيم في ترجمة ابن مسعود من الحلية .أهـ والمراد اثبات ان بين الاصل والفرع فارقا ، يبطل به قياسهم المذكور.

(١) في نسخة ((ب)) : بداء .

(٢) المنهاج ص ٥١ . فتح العزيز جـ٩ ص ٦٠ . المجموع جـ١١ ص١٣٢ وهو قول الحنابلة: شرح المنتهى جـ٢ ص٢١٢ . كشاف القناع جـ٣ ص٢٧٢ ، المغنى جـ٤ ص٦٧ .
وبه يقول المالكية : الشرح الصغير جـ٢ ص٨٤ . الجواهر جـ٢ ص٦٠ . شرح المنح جـ٢ ص٧٢٩ يستفاد مذ هبهم هنا من مفهوم عبارة الشرح الصغير: لا يصح بيع ماذكر -أى ثمر وزرع- قبل بدو صلاحه على التبقية أهـ مفهومه انه بعد بدو صلاحه يجوز على التبقية .
والظاهر أنه قول ابن حزم أيضا . أنظر المحلى جـ٩ص٤٢٧ .رقم المسألة /١٤٥٣ .

(٣) ومحل عدم الجواز عندهم هو ما اذا لم يتناه عظم الثمر، واما اذا تناهى عظمه فالبيع فيه فاسد أيضا عند أبى حنيفة وأبى يوسف ، خلافا لمحمد بن الحسن حيث استحسن جوازه في هذه الحال وفاقا للائمة الثلاثة واختاره -الطحاوى أيضا .
أنظر الهداية جـ٥ ص ٤٨٩ وأنظر فتح القدير عليه . التبيين جـ٤ ص ١٢ . مجمع الانهر جـ٢ ص١٨ . الا أن الاخير أخطأ في حكاية مذهب محمد ابن الحسن اذ قال : خلافا لمحمد فانه قال يفسد في المتناهية استحسانا .أهـ

لنـا : ماروى ابن عمر[٤] أن النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن بيـــع الثمار حتى يبدو صلاحها[٥] ، ولان اطلاق البيع يقتضى التبقية ، وما اقتضـاه باطلاقه جاز شـرطه[٦] فيه ، كنقد البلد[٧] ، ولان ما جرت العادة بتبقيتـه

= فلعل الطابع اسقط سهوا حرف (لا) النافية . والدليل عليه ماقاله فـى الدر المنتقى فى شرح الملتقى فى نفس الصفحة جـ٢ ص ١٨ : خلافا لمحمـد فانه استحسن صحة البيع فى المتناهية أهـ .
والفتوى جارية فى المذهب على قول محمد بن الحسن بالجواز ، كما فـى الكفاية جـ٥ ص ٤٨٩ والمجمع جـ٢ ص ١٨ .

(٤) هو عبدالله بن عمر بن الخطاب ، أنظر ترجمته فى المسألة رقم (٤) هامش(٣)

(٥) رواه البخارى جـ٢ ص ٢٣ باب بيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها . ولفظـه: نهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها . نهى البائع والمبتاع .أهـ .
ورواه مسلم جـ٣ ص ١١٦٥ باب النهى عن بيع الثمار قبل بدو صلاحهـا بغير شرط القطع . رقم/ ٤٩ .
ورواه النسائى جـ٧ ص٢٦٢ تحت عنوان : بيع الثمر قبل أن يبدو صلاحه .
ورواه أبو داود جـ٣ ص٢٥٢ باب فى بيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها .رقم/ ٣٣٦٧
وبنحوه رواه الترمذى جـ٣ ص٥٢٩ باب ماجاء فى كراهية بيع الثمر: حـتى يبدو صلاحها . رقم/ ١٢٢٦ .

(٦) فى نسخة ((ب)) : جاز بشرطه فيه .

(٧) حيث اذا باع بنقد واطلق فانه يحمل على نقد البلد ، فيجوز اشتراط هـذا النقد فى البيع.
والجامع فى القياس المذكور هو اقتضاء الاطلاق له ، فى كل من الاصل وهـو مالو باع بنقد واطلق ، والفرع وهو مالو باع الثمرة بعد بدو الصلاح بشـرط التبقية .
ولما كان حكم الاصل جواز اشتراط نقد البلد فى البيع ، كان حكم الفـرع كذلك فيجوز اشتراط تبقية الثمر المبيع بعد بدو صلاحه أيضا لذلك .

لم يضر شرط تبقيته ، كما لو اشترى غرفة فوق بيت (٨) .

قالوا : بيع واجارة مجهولة ،فأشبه اذا شرط ترك القماش فى الدار المبيعة (٩) .

قلنا : الشجرة لا يجوز اعارتها (١٠) ، ولا اجرة لها (١١) ، بخلاف الدار (١٢) ،

---

(٨) حيث لا يضر شرط تبقية الغرفة فوق البيت .
بجامع جريان العادة بتبقيته ،فى كل من الاصل وهو مالو اشترى غرفة فوق بيت بشرط تبقيتها ،والفرع وهو مالو اشترى ثمرا بعد بدو صلاحه بشرط تبقيته .
ولما كان حكم الاصل جواز البيع بذلك الشرط ،كان حكم الفرع كذلك فيجوز بيع الثمر بعد بدو صلاحه بشرط التبقية أيضا لذلك .

(٩) حيث لا يجوز له ابقاؤه بذلك الشرط ويفسد به البيع.
بجامع ان كلا بيع واجارة مجهولة ، اما الاصل فهو مالو شرط ترك القماش فى الدار المبيعة ،واما الفرع فهو مالو باع ثمرة بعد بدو صلاحها بشرط تبقيتها .
ولما كان حكم الاصل فساد العقد به ، كان حكم الفرع كذلك فيفسد العقد به أيضا لذلك .

(١٠) فى الاصل : لا يجوز اجارتها . / والأولى ما أثبتناه من نسخة ((ب)) تلافيا للتكرار مع مابعدها .

(١١) أى ومع ذلك يجوز بيعها بشرط التبقية. أنظر المنهاج ص ٥١ .

(١٢) أى فانها تجوز اعارتها ولها اجرة اذا اوجرت . فاذا شرط ابقاء القماش فيها لزم منه وجود المفسد وهو وجود عقدين فى عقد أو عقد واجارة مجهولة ، ولا يلزم من بيع الشجرة بشرط التبقية وجود المفسد ،فانه لا تصح اعارتها ولا اجرة لها اذا أوجرت ،فكان قياسكم الشجرة على الدار قياسا مع الفارق .

ولانه يبطل به اذا اشترى طعاما وشرط ابقاءه (١٣) في منزله أو عبدا وشرط عليه تشريكه (١٤) .

* مسألة (٣٠) : لا يجوز بيع الباقلاء (١) والجوز في قشرته (٢) ، وفي الحنطة في سنبلها (٣) قولان ./ ١٣٦ ى .

---

(١٣) في نسخة ((ب)) : فشرط بقاءه ./ أي حيث فيه بيع واجارة مجهولة ، ثم صح العقد .

(١٤) أي ويبطل تعليلكم أيضا بما اذا اشترى عبدا وشرط البائع على المشترى أن يشركه في استخدام العبد .
حيث يصح مع كونه بيعا واجارة مجهولة وان لم يلزم الوفاء بالشرط فيه .
وفي نسخة ((ب)) : وشرط غلته لشريكه ./ وهو تصحيف .
أي ومقتضى تعليلكم ان لا يصح هذان العقدان ، والحال أنهما يصحان وان لم يلزم الوفاء بالشرط في عقد التشريك المذكور .

(١) من البقل بفتح فسكون وهو كل نبات أخضرت به الأرض قاله ابن فارس ، والباقلا وزن فاعلا يشدد فيقصر ويخفف فيمد ، مفرده : باقلاة بالقصر والمد أيضا . أنظر المصباح جـ١ ص٦٥ .
وفي القاموس جـ٣ ص٣٣٩ : والبقل مانبت في بزره لا في أرومة ثابتة . أهـ وعن مفردها قال : والبقلة واحدته . أهـ .
وعن الباقلي قال : والباقلا ويخفف والباقلاء مخففة ممدودة الفول ، الواحدة بهاء . والواحد والجمع سواء . أهـ وهو ماذكر في شرح المحلي جـ٢ص٢٣٠ أعني تفسيره بالفول .

(٢) في نسخة ((ب)) : في قشره ./ والمقصود به قشره الاعلى ، لانه يستر حاله واما قشره الاسفل فهو من أسباب حفظه فيباع به ، وقيل ان كان أخضر جاز بيعه بقشره الاعلى أيضا لان في ازالته عنه تسريعا للفساد اليه ، قبل انعقاد قشره الاسفل . أنظر شرح المحلي جـ٢ص٢٣ والام جـ٣ ص٥١ .

(٣) الجديد انه لايجوز . أنظر المنهاج ص٥١ . المختصر ص٠١ . الأم جـ٣ص٥١ . وص ٥٤ .

وقال أبو حنيفة : يجـــوز.(٤)

لنـــا : ان المقصود مستور بما لا يدخر فيه في العادة ، فأشبه اللبن فـــي الضرع(٥)، أو المقصود مستور بما لا مصلحة له فيه ، فلم يكن حكمه حكم غير المســـتور كالثوب في الجراب ، والشاة المذبوحة في جلدها.(٦)

قالوا : قشر(٧) من أصل الخلقة فيه صلاح ، فأشبه الرمان والباقلاء فـــي القشر الثاني.(٨)

---

(٤) الهداية جـ٥ ص٤٩٣ . التبيين جـ٤ ص١٢ . مجمع الانهر جـ٢ ص٢٠ .
وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى جـ٢ ص١٤٨ . كشاف القناع جـ٣ ص١٦١ .
المغني جـ٤ ص٧١ .
وبه يقول المالكية : الجواهر جـ٢ ص٦٠ . شرح المنح جـ٢ ص٧٢٨ . الشرح الصغير جـ٢ ص٨٥ . واليه ذهب ابن حزم : المحلى جـ٩ ص٣٦٧ رقـــم المسألة / ١٤٢٤ سواء كان له قشران أو قشر واحد .

(٥) حيث لا يجوز بيعه فيه حتى يحلب.
بجامع أن المقصود مستور بما لا يدخر فيه في العادة في كل من الأصـــل وهو اللبن في الضرع والفرع وهو الباقلا والجوز والقمح في أغلفته .
ولما كان حكم الاصل عدم جواز بيعه فيه ، كان حكم الفرع كذلك فلا تبـــاع المذكورات بقشرها أيضا لذلك .

(٦) حيث لا يجوز بيعهما حالتئذ .
بجامع الاستتار بما لا مصلحة للمبيع فيه في كل من الاصل وهو الثوب في الجراب والشاة المذبوحة في جلدها ، والفرع وهو الجوز والباقلا والقمح في أغلفتها .

(٧) في نسخة ((ب)) : قشرته .

(٨) حيث يجوز بيعه به فيهما .
بجامع كون القشر من أصل الخلقة فيه صلاح للثمرة في كل من الاصل وهـــو الرمان والباقلا في القشر الثاني ، والفرع وهو الجوز والباقلا والقمح فـــي أغلفتها . ولما كان حكم الاصل جواز بيع الرمان والباقلا وهي في قشـــرها الثاني أي الداخلي الذي يلازمها حتى وقت الاستهلاك ، كان حكم الفرع كذلك فيجوز بيع الجوز والباقلا والقمح في قشرها الثاني أيضا لذلك .

قلـــنا : ذلك(٩) يدخر فيه في العادة ، فتدعو الحاجة الى بيعه فيـــه(١٠) ، وهذا لا يدخر فيه في العادة(١١)(١٢) ، فهو كاللبن في الضرع.(١٣)

* مسألة (٣١) : يجوز بيع الرطب على النخل بالتمر فيما دون خمسة أوسق(١)

---

(٩) أى القشر الثانى ، وهو الملاصق للثمرة .

(١٠) لبقاء حفظه به .

(١١) سقط لفظ (فيه) من نسخة ((ب)) . / واثباته ضرورى لصحة المعنى .

(١٢) أى وهذا فارق يبطل به القياس الذى ذكروا .

(١٣) حيث لا يجوز بيعه فيه .

بجامع عدم الادخار فيه في العادة . في كل من الاصل وهو اللبن في الضرع والفرع وهو القشر الأول للجوز والباقلا وسنابل القمح .

ولما كان حكم الاصل عدم جواز بيعه فيه ، كان حكم الفرع كذلك فلا يجـــوز بيع المذكورات في قشرها أيضا لذلك .

(١) الوسق - بفتح فسكون - ستون صاعا . قال الخليل : الوسق حمل البعـــير والوقر - بكسر فسكون - حمل البغل والحمار . أهـ المختار ص٧٢١ .

قلت : والصاع أربعة امداد . أنظر المختار ص٣٧٢ .

وفي ص٦١٨ منه : والمد - بضم الأول فدال مهملة مشددة - مكيال ، وهـــو رطل - بكسر الاول وبفتحها - وثلث عند أهل الحجاز ورطلان عند أهـــل العراق . أهـ .

وفي تصحيح التنبيه ص٤٠ : والمد رطل وثلث رطل بالبغدادى وهـــو بالدمشقي ثلاث أواق وثلاثة أسباع أوقية ، والصاع رطل وأوقية وخمســـة أسباع أوقية . أهـ .

والرطل البغدادى يساوى (٤٠٨) أربعمائة وثمانية غرامات . أنظـــر تعليق الدكتور محمد الخاروف على الايضاح والتبيين ص٥٦ .

ولما كان الوسق = (٦٠) ستين صاعا .

والصاع = (٤) أربعة امداد .

والمد = ($1\frac{1}{3}$) رطلا وثلث الرطل .

والرطل البغدادى = (٤٠٨) أربعمائة وثمانية غرامات . =

خرصا (٢) . / ١٣٦ى

وقال أبو حنيفة : لا يجوز. (٣)

= كان المد = (٥٤٤) غراما ، حاصل جمع الرطل (٤٠٨) وثلث الرطل (١٣٦) غراما .

والصاع = (٥٤٤×٤) = ٢١٧٦ الفين ومائة وستة وسبعين غراما .

والوسق = (٢١٧٦×٦٠) = ١٣٠٥٦٠ مائة ألف وثلاثين ألفا وخمسمائة وستين غراما .

ولمعرفة قدر الوسق بالكيلو جرام ، نقسم (١٣٠٥٦٠) على (١٠٠٠) ألف ، وهو وحدة الكيلو بالغرام ، فيكون الناتج = ١٣٠٥٦ ثلاثة عشر كيلو جراما وستة وخمسين بالمائة من الغرام .

فيكون مجموع الخمسة أوسق = ١٣ر٥٦ × ٥ = ٦٧ر٨٠ سبعا وستين كيلو جراما . وثلاثة أرباع الكيلو تقريبا . والله تعالى أعلم .

(٢) أى تقديرا ، نقول : خرصت النخل خرصا من باب قتل : حزرت ثمره ، والاسم الخرص بالكسر . أهـ المصباح جـ١ ص١٧٩ . وتسمى هذه بمسألة بيع العرايا وهى جمع عرية سميت بذلك لانها عريت من حكم باقى البستان . قال الازهرى : هى فعيلة بمعنى فاعلة وقال الهروى : هى فعيلة بمعنى مفعولة من عراه يعروه . أهـ تصحيح التنبيه ص٦٥ .

وفى النظم المستعذب جـ١ ص٢٧٤ : جمع عرية وهى النخلة يعيرها صاحبها رجلا محتاجا فيجعل له ثمرتها عامها فيعروها أى يأتيها ، . . . وقال الأزهرى : سميت عرايا لانها عريت من جملة الحائط - أى البستان - وصدقتها وما يخرص على صاحبها من عشرها فعريت من جملة ذلك أى خرجت . أهـ .

وأنظر المسألة فى : المختصر ص٨١ . الام جـ٣ ص٥٦ . المنهاج ص٥٢ .

وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى جـ٢ ص١٩٧ . كشاف القناع جـ٣ ص٢٤٦ . المغنى جـ٤ ص٤٥ قال : وتجوز فيما دون خمسة أوسق بغير خلاف بين القائلين بجوازها . أهـ .

وبه يقول المالكية : الشرح الصغير جـ٣ ص٨٦ . الجواهر جـ٢ ص٢١ . المنتقى جـ٤ ص٢٢٠ . واليه ذهب ابن حزم : المحلى جـ٩ ص٤٨٨ .

(٣) المبسوط جـ١٢ ص١٩٢ . الهداية جـ٦ ص٥٣ . التبيين جـ٤ ص٤٧ .

لنـا : ماروى سهل بن أبى حثمة [٤] قال : نهى رسول اللـــــــه صلى الله عليه وسلم عن بيع التمر بالتمر الا أنه ارخص فى الغرية [٥] أن تبـــاع بخرصها تمرا يأكلها [٦] أهلها رطبا [٧]، وفى حديث أبى هريرة [٨] أن النبــــى

---

(٤) هو عامر بن ساعدة الانصارى الحرثى ، صحابى صغير ، له خمسة وعشـــرون حديثا ، اتفق البخارى ومسلم على ثلاثة منها ، روى عنه صالح بن خـــوات وعروة بن الزبير والزهرى قيل مرسلا ، وقال أبو حاتم : بايع تحت الشجرة وقال الحافظ ابن الذهبى : اظنه توفى زمن معاوية . روى له أصحـــاب الكتب الستة . أنظر الخلاصة ص١٥٧ .

(٥) فى نسخة ((ب)) : فى العرايا .

(٦) فى هذا الموضع من الاصل عبش لا تتضح معه الكلمة . والذى أثبتنا من نسخة ((ب)) .

(٧) الحديث رواه البخارى جـ٢ ص٢٢ باب بيع الثمرة على رؤوس النخل بالـــذهب والفضة .
ورواه عنه مسلم بنحوه جـ٣ ص١١٧٠ باب تحريم بيع الرطب بالتمر لا فى العرايا رقم / ٦٧ .
وبنحوه عنه رواه الترمذى جـ٣ ص٥٩٦ باب ماجاء فى العرايا والرخصة فـــى ذلك . رقم / ١٣٠٣ .
ثم قال : هذا حديث حسن صحيح غريب من هذا الوجه . أهـ .
وبلفظ المؤلف رواه أبو داود جـ٣ ص٢٥١ باب فى بيع العرايا رقم / ٣٣٦٣ .
ورواه النسائى جـ٧ ص٢٦٨ تحت عنوان بيع العرايا بالرطب .

(٨) أختلف فى اسمه اختلافا كثيرا ، اشهرها أنه عبد الرحمن بن صخر ، قيـــل سماه بذلك النبى صلى الله عليه وسلم ، لكن ابن حجر أنكر ذلك كما أنكره من قبله الامام أحمد ، وقد كان اسمه فى الجاهلية عبد شمس فى أحـــد الأقوال ، وقد غلبت عليه كنيته حتى أضحى لا يعرف الا بها . =

صلى الله عليه وسلم أرخص فى بيع العرايا فيما دون خمسة أوسق أو فى خمسة أوسق.(٩)

فان قيل : العرية الهبة ، ومنه سميت العارية. وقال الشاعر:(١٠)

= قيل فى سبب كنيته انه وجد هرة فوضعها فى كمه ، فقيل له أبو هريـــرة.
وقيل كان يرعى الغنم ويصطحب معه هر صغيرة .
وهو أشهر من سكن الصفة واستوطنها طيلة حياة النبى صلى الله عليه وسلم
وكان أحد أعلام الفقراء ، والمساكين ، وأعلم الناس بمراتبهم ومنازلهـــم ،
وقد اجمع أهل الحديث على أنه أكثر الصحابة حديثا . له خمسة آلاف -
وثلاثمائة وأربعة وسبعون حديثا .
روى عنه أكثر من ثمانمائة نفس ثقات .
قال ابن سعد : كان يسبح كل يوم اثنتى عشرة ألف تسبيحة.
توفى سنة تسع وخمسين عن ثمان وسبعين سنة. وقال البخارى ســـنة
سبع وخمسين .
وقد بكى حين حضرته الوفاة فقيل له ما يبكيك ؟ قـــال : من قلة الـزاد
وشدة المفازة .
أنظر الخلاصة ص ٤٦٢ . الاصابة جـ٤ ص٢٠٢ وما بعدها . الحلية جـ١ ص٣٧٦ .

(٩) رواه البخارى جـ٢ ص٢٢ باب بيع التمر على رؤوس النخل بالذهب والفضة .
ورواه مسلم جـ٣ ص١١٧١ باب تحريم بيع الرطب بالتمر الا فى العرايا رقم/ ٧١
ونص على أن الشك من داود بن الحصين .
ورواه الترمذى جـ٣ ص٥٩٥ باب ما جاء فى العرايا والرخصة فى ذلك رقـــم/
١٣٠١ وقال : حديث حسن صحيح .أهـ .
ورواه النسائى جـ٧ ص٢٦٨ تحت عنوان بيع العرايا بالرطب.
ورواه أبو داود جـ٣ ص٢٥٢ باب فى مقدار العرية. رقم / ٣٣٦٤ .
والشك المذكور فى الحديث انما هو من داود بن الحصين . روای الحديث.

(١٠) سقط قوله : وقال الشاعر . من نسخة ((ب)) .

ليست بسنهاء ولا رجبية ولكن ∴ عرايا فى السنين الجوائح .(١١)

فكأنه رخص لمن وهب ثمرة(١٢) نخلة لرجل ولم يقبض،(١٣) ان يعطيه عوض ذلك تمرا وسماه بيعا(١٤) لان ما دفع اليه(١٥) من الثمن(١٦) كالعوض عما وهب منه،(١٧) فتحمل العرية على الحقيقة،(١٨) والبيع على المجاز ،وأنتم تحملون العرية على المجاز(١٩) والبيع على الحقيقة.(٢٠)

قيل : العرية تقع على العطية وتقع على ما يعرى(٢١) من الثمار ، فعلى هذا - تحمل العرية على الحقيقة وهو ما افرده بالبيع ، والبيع على الحقيقة ، وهم يحملون البيع على المجاز(٢٢) ولو سلمنا أن العرية هى العطية لا غير ، لوجب

---

(١١) قائل هذا البيت هو سويد بن الصامت الانصارى .أنظر اللسان جـ٩ص٤٩ . وقد قال ذلك فى معرض مدحه للانصار بانهم يعرون الرطب فى المجاعة والجدب . كما قال الطحاوى فى شرح معانى الاثار جـ٤ ص٣١ .

(١٢) سقط لفظ (ثمرة) من نسخة ((ب)) .

(١٣) أى الموهوب له .

(١٤) فى نسخة ((ب)) : سماه تبعا . / وهو تصحيف.

(١٥) فى نسخة ((ب)) : لان ما وقع عليه .

(١٦) وهو التمر هنا .

(١٧) وهو الرطب.

(١٨) وهو الهبة .

(١٩) وهو البيع.

(٢٠) وهو العرية .

(٢١) فى الاصل : يفرد.. / وما أثبتنا من نسخة ((ب)) أولى . والعرية هى ما يفرد فى البيع من الثمار.

(٢٢) أى والاصل حمل اللفظ على الحقيقة مالم يصرفنا عن ذلك صارف. أى فكان قولنا أولى بالصحة لاننا استعملنا العرية والعطية على معناهما الحقيقى ،وانتم استعملتم العطية على الحقيقة والعرية على المجاز.

حمله على ماقلناه،(٢٣) من وجوه ، أحدها : ان المنهى فى أول الخبر هو البيع،(٢٤) فيجب أن يكون المستثنى منه أيضا بيعا،(٢٥) والثانى : انه قال إلا أنه ارخص. والرخصة لا تكون الا عن حظر ، والحظر فى البيع لا فى الرجوع فى الهبة.(٢٦) والثالث: انه قدره بخمسة أوسق،(٢٧) وماقالوه(٢٨) لا يختص بذلك. والرابع : انه روى ان رجلا(٢٩) سأل زيد بن ثابت،(٣٠) فقال : ماعراياكم هذه ، فسمى رجالا محتاجين ذكر ان الرطب يأتى ولا نقد بأيديهم ، وعندهم فضول من التمر،(٣١) فرخص لهم أن يبتاعوا به رطبا ، ليأكلوه(٣٢) ، وهذا(٣٣) يسقط ماقالوه ، ولان الخرص معنى

---

(٢٣) هو حمل العرية على البيع وان كان مجازا .

(٢٤) لقوله فيه : نهى صلى الله عليه وسلم عن بيع التمر بالتمر.

(٢٥) أى فيكون بيعا أيضا وان سمى عرية .

(٢٦) أى الحظر فى الحديث منصب على بيع الرطب بالتمر لا على الرجوع فى العرية يهبها لشخص ثم يرجع عنها .

(٢٧) فى الاصل : انه قدر بخمس أوسق . وماأثبتناه من نسخة ((ب)) .

(٢٨) أى من حملهم العرية هنا على الهبة .

(٢٩) هو محمود بن لبيد . كما فى المختصر ص٨١ .

(٣٠) أنظر ترجمته فى المسألة رقم (٤٠) هامش (١٨) .

(٣١) فى نسخة ((ب)) : من الثمر . / بمثلثة من فوق . وهو تصحيف.

(٣٢) فى الاصل : ليأكلونه . / والصواب حذف النون .
وفى نسخة ((ب)) : يأكلوه . / بحذف لام العاقبة .
والاثر رواه الشافعى تعليقا بلا سند فى المختصر ص٨١ . والام ج٣ ص٥٦ .
قال فى التلخيص ج٣ ص٢٩ رقم/١٢١٧ : وقد انكره محمد بن داود على الشافعى ورد عليه ابن سريج انكاره ، ولم يذكر له اسنادا . وقال ابن حزم : لم يذكر الشافعى له اسنادا فبطل أن يكون فيه حجة .أهـ .

(٣٣) أى معرفة سبب ورود الحديث، لما فيه من تعيين حمل العرية على البيع حقيقة .

يعرف به المقدار في الشرع،(٣٤) فجاز ان يستوفى به المماثلة في الربا ، كالكيل.(٣٥)

قالوا : مال يجري(٣٦) فيه الربا ، فلا يجوز بيع بعضه ببعض خرصا ، كسائر الثمار والحنطة في السنبل والرطب بالتمر فيما زاد على خمسة أوسق.(٣٧)

قلنا : في سائر الثمار قولان،(٣٨) وان سلم(٣٩) فالمعنى فيها انه لا يمكن خرصها لاستتارها بالاوراق وتفرقها ، وهذا(٤٠) يمكن خرصه،(٤١) والحنطة في السنبل لا تدعو الحاجة اليه ، لأنه ليس من الشهوات المقصودة ، والرطب بخلافه(٤٢) ، وخمسة

---

(٣٤) ولذلك اعتبر به في خرص الثمار للزكاة.

(٣٥) حيث يصح الاستيفاء به في الاموال الربوية .
بجامع ان كلا معنى يعرف به المقدار في الشرع. في كل من الاصل وهو الكيل والفرع وهو الخرص .
ولما كان حكم الاصل جواز الاستيفاء به في الاموال الربوية ، كان حكم الفرع كذلك فيجوز الاستيفاء بالخرص في الرطب على رؤوس النخل أيضا لذلك .

(٣٦) في نسخة ((ب)) : يجوز .

(٣٧) حيث لا يجوز بيع بعض من المذكورات بجنسه خرصا .
بجامع ان كلا مال يدخله الربا . اما الاصل فسائر الثمار والحنطة في السنبل والرطب بالتمر فيما زاد على خمسة أوسق ، واما الفرع فهو بيع الرطب على رؤوس النخل بالتمر خرصا فيما دون خمسة أوسق ، ويسمى العرية .
ولما كان حكم الاصل عدم جواز بيع بعض هذه الاجناس بجنسه خرصا ، كان حكم الفرع كذلك فلا يجوز بيع الرطب على رؤوس النخل خرصا أيضا لذلك .

(٣٨) أظهرهما انه لا يجوز . أنظر المنهاج ص٥٢ .

(٣٩) أي بالمنع من جواز العرايا في سائر الثمار .

(٤٠) أي الرطب على رؤوس النخل .

(٤١) أي فلا يصح القياس عليه للفارق المذكور .

(٤٢) أي وهذا فارق آخر بين الاصل والفرع في قياسهم .

أوسق ورد فيها الرخصة فلا يجوز التسوية بينهما (٤٣) وبين ما زاد (٤٤)، كما قلنا في الثلاث في المسح على الخف، والخيار في البيع. (٤٥)

قالوا : اذا لم يجز البيع بالخرص وهو على (٤٦) الارض، فعلى النخل أولى، لانه أقرب الى الخطر. (٤٧)

قلنا : الا انه تدعو الحاجة اليه (٤٨)، وفى الارض لا تدعو الحاجة ، لانه لا يمكنه أن يأكل الرطب مع الناس (٤٩)، وقد يجوز (٥٠) مع كثرة الغرر للحاجة، مالا يجوز مع قلة الغرر لعدم الحاجة كما قالوا في السلم المؤجل ، يجوز مع كثرة الغرر

---

(٤٣) فى نسخة ((ب)) : بينهما ./ وهو تحريف.

(٤٤) لان الرخصة تقدر بقدرها ، فلا يتجاوز بها عن محلها .

(٤٥) حيث لا يتجاوز بها الى ماعداها .
بجامع ان كلا رخصة شرعية محددة ، اما الاصل فهو المسح على الخف وخيار الثلاث في البيع، وأما الفرع فهو العرايا في خمسة أوسق.
ولما كان حكم الاصل عدم جواز الزيادة عليها ، كان حكم الفرع كذلك فلا يتجاوز ماورد في العرايا في جواز بخمسة أوسق ، أيضا لذلك .

(٤٦) أى الرطب .

(٤٧) فى نسخة ((ب)) : الى الغرر ./ وهو بمعنى الحظر. أنظر المختار ص ٤٧١ .

(٤٨) أى الى الرطب ، لان في ابقائه على رؤوس النخل تمكينا للمشترى من اكله رطبا وفي أوقات متفرقة .

(٤٩) أى عند ما يكون على الشجر.

(٥٠) أى البيع خرصا .

ولا يجوز الحال[٥١] مع قلة الغرر ولان فى الارض[٥٢] لم يجعل الخرص[٥٣] طريقــا لمعرفة المقدار[٥٤]، وفى الشجر جعل الخرص طريقا لمعرفة المقدار، ويعـرف به[٥٥] التساوى فى حال الادخار[٥٦].

---

(٥١) سقطت كلمة (الحال) من نسخة ((ب)) : ٠ / أى السلم الحال . أنظـر مجمع الانهر جـ٢ ص١٠٠

(٥٢) أى حال وجود التمر أو الرطب فى الارض لا على رؤوس النخل .

(٥٣) فى نسخة ((ب)) : الحزر . / وهو بمعناه . أنظر المصباح جـ١ ص١٤٤ .

(٥٤) لعدم الحاجة اليه ، لانه يمكنه أن يبيع احدهما ويشترى بقيمته الاخر .

(٥٥) سقط الجار والمجرور (به) من نسخة ((ب)) .

(٥٦) أى فكان قياس بيع النخل بالخرص وهو على الارض بالخرص (على بيعه) وهو علـى النخل فى عدم الجواز قياسا مع الفارق .

" مسـائل القبـض* "

* مسألة (٣٢) : لا يجوز بيع العقار (١)

---

* القبض بفتح فسكون خلاف البسط وهو التوسعة ، تقول : قبض الرزق قبضا من باب ضرب خلاف بسطه ، ومنه قوله تعالى (والله يقبض ويبسط) سورة البقرة آية / ٢٤٥ ، أى يعطى ويمنع ويوسع ويضيق على الناس.
والقبض الأخذ ، تقول : قبضت الشئ قبضا : أخذته ، وهو فى قبضته أى فى ملكه ، وقبض عليه بيده : ضم عليه اصابعه . أنظر المصباح جـ٢ ص١٤٤ وفى المختار ص٥١٩ : وقبضه - بفتح القاف وتشديد الباء - المال أيضا اعطاه اياه . أهـ . وأنظر القاموس جـ٢ ص٣٤١ . واللسان جـ٧ ص٢١٣ .
ويعتبر القبض فى كل شئ بحسبه ففى العقار يعتبر القبض فيه بالتخلية بين المشترى والعقار . واذا كان العقار غائبا فيشترط لقبضه مضى زمن يمكن وصول المشترى اليه فيه عادة فى الاصح . ويشترط لصحة القبض فى العقار خلوه من أمتعة البائع.
وفى المنقول يعتبر القبض فيه بالنقل . وفى الموزون بالوزن وفى المكيل بالكيل وفى المعدود بالعد وما يتناول باليد لخفته كالدراهم والدنانير والكتاب فبالتناول .
ولو أن البيع جرى فى موضع لا يختص بالبائع كالطريق العام أو فى محل طرف ثالث غير المتبايعين ، كفى فى صحة القبض فيه أن ينقله من مجلس العقد .
وان كان فى موضع يختص بالبائع كمحله أو بيته ، اشترط لصحة القبض مع النقل اذن البائع. أنظر شرح المحلى جـ٢ ص٢١٥ ومابعدها . والمجموع جـ٩ ص٢٦٥ والتى تليها فقد نص على أن المنقول يقبض بالنقل فى المشهور من المذهب ، وفى قول حكاه حرملة : تكفى التخلية لنقل الضمان الى المشترى ولا تكفى لجواز تصرفه .

(١) العقار بزنة سلام : كل ملك ثابت له أصل ، كالدار والنخل ، قال بعضهم : وربما أطلق على المتاع ، والجمع عقارات . أهـ المصباح جـ٢ ص٧٢ .

قبل القبض (٢) / ١٣٦ ش.

وقال أبو حنيفة : يجوز (٣).

لنا : هو انه مبيع لم يقبض ، فلم يجز بيعه ، كالمنقول (٤) ، ولأنه قبض صحيح يدخل به المبيع فى ضمان المشترى ، فوقف جواز التصرف عليه (٥) ، كالقبض

= وفى المختار ص ٤٤٥ . العقار مخففا الارض والضياع والنخل ، ويقال فى البيت عقار حسن أى متاع وأداة .أهـ

وفى اللسان ص ٥٩٧ : والعقار المنزل والضيعة يقال ماله دار ولا عقار وخص بعضهم بالعقار النخل .أهـ .

(٢) الوجيز جـ١ ص١٤٦ . الام جـ٣ ص٦٩ المختصر ص ٨٢ . المنهاج ص٤٩ .
وهو قول الحنابلة : المغنى جـ٤ ص٨٦ . المحرر جـ١ ص٣٢٣ .

(٣) خلافا لمحمد بن الحسن وزفر وأبى يوسف الا أنه رجع عنه الى قول أبى حنيفة .
أنظر الهداية جـ٦ ص١٣٧ وفتح القدير عليه . التبيين جـ٤ ص٧٩ . مجمع الانهر جـ٢ ص٧٩ .
وبه يقول المالكية : قال فى القوانين ص ٢٨٤ : واما غير الطعام من جميع الاشياء فيجوز عند مالك بيعها قبل قبضها .أهـ . وأنظر شرح المنح جـ٢ ص٥٨٢ والجواهر جـ٢ ص٢٨ . مع الاشارة الى أن فى هذه المسألة اتجاها فى المذهب .
وبقول أبى حنيفة يقول ابن حزم أيضا : المحلى جـ٩ ص٥٩٢ .

(٤) حيث لا يجوز بيعه قبل قبضه .
بجامع أنه مبيع لم يقبض فى كل من الاصل وهو المبيع المنقول والفرع وهو العقار .
ولما كان حكم الاصل عدم الجواز ، كان حكم الفرع كذلك فلا يجوز بيع العقار قبل قبضه أيضا لذلك .

(٥) أى على القبض.

في المنقول[٦]، ولا يلزم اذا اشترى طعاما مكايلة فقبضه من غير كيل في أحد الوجهين[٧]، لان ذلك ليس بقبض صحيح[٨]

قالوا : لا يخشى انفساخ البيع بهلاكه[٩]، فأشبه المبيع بعد القبض، والثمن قبل القبض.[١٠]

قلنا : يبطل بالمسلم فيه[١١]، وبمن اشترى طعاما مكايلة[١٢] فقبضه من غير

---

(٦) حيث يقف عليه جواز التصرف في المبيع المنقول .
بجامع أنه تصرف يدخل به المبيع في ضمان المشترى ،في كل من الاصل وهو قبض المبيع المنقول ، والفرع وهو قبض العقار .
ولما كان حكم الاصل عدم جواز التصرف فيه قبل القبض، كان حكم الفرع كذلك فلا يباع العقار قبل قبضه أيضا لذلك .

(٧) حيث لا يجوز له التصرف فيه مع وجود القبض لعدم جريان الكيل فيه، في الصحيح خلافا لابي اسحاق المروزى .أنظر المجموع جـ ٩ ص ٢٦٧ .

(٨) لان الكيل في الطعام قبض له ،واذ قد قبضه من غير كيل ،فالقبض فيه غير صحيح .

(٩) لان الهلاك في العقار نادر بخلاف المنقول والغرر المنهى عنه غرر انفساخ العقد وهو هنا غير حاصل ، فجاز بيعه قبل قبضه . أنظر الهداية جـ ٦ ص ١٣٨ .

(١٠) حيث يجوز للمشترى التصرف في المبيع بعد قبضه وبالثمن قبل اقباضه .
بجامع عدم الخوف من انفساخ العقد بهلاكه في كل من الاصل وهو المبيع بعد القبض والثمن قبل القبض. والفرع وهو بيع العقار قبل قبضه .
ولما كان حكم الاصل جواز التصرف فيه ،كان حكم الفرع كذلك فيجوز بيع العقار قبل قبضه أيضا لذلك .

(١١) حيث لا يخشى انفساخ العقد بهلاكه ثم يشترط القبض لجواز التصرف فيه .

(١٢) سقط لفظ (مكايلة) من نسخة ((ب)) .

كيل (١٣) ، والمعنى فى الأصل (١٤) انه وجد القبض المستحق بالعقد فيه (١٥) . أو قبض (١٦) صحيح دخل به المبيع فى ضمانه (١٧) .

والدليل عليه (١٨) : ان النبى صلى الله عليه وسلم (نهى عن بيع مالم يقبض وربح مالم يضمن) (١٩) . ويدل عليه (٢٠) انه لو اشترى عبدا مرتدا (٢١) وقبضه

---

(١٣) أى فانه لا يخشى انفساخ العقد فيهما بهلاك المبيع ، اما فى السلم فلان المسلم فيه متعلق بالذمة فهو غير معين ، واما فى الطعام المبيع اذا قبض من غير كيل فلعدم القبض الصحيح فيه فاذا هلك المبيع هنا هلك على البائع لانه لا زال فى ملكه ، لعدم انتقاله الى المشترى بالقبض الصحيح .

(١٤) وهو ما اذا باع المشترى المبيع بعد قبضه ، أو تصرف بالثمن قبل اقباضه .

(١٥) أى فى العقد الذى حصل فيه القبض .

(١٦) فى نسخة ((ب)) : أو لأنه قبض .

(١٧) أى فى ضمان المشترى .

(١٨) أى على أن المبيع بعد القبض قد دخل فى ضمان المشترى .

(١٩) رواه ابن ماجه جـ٢ ص٧٣٧ كتاب التجارات باب النهى عن بيع ماليس عندك وعن ربح مالم يضمن ، عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده مرفوعا : لا يحل بيع ماليس عندك ولا ربح مالم يضمن . أهـ . رقم / ٢١٨٨ .
ورواه أبو داود جـ٣ ص ٢٨٣ باب فى الرجل يبيع ماليس عنده . ولفظه : لا يحل سلف وبيع ولا شرطان فى بيع ولا ربح مالم تضمن ولا بيع ماليس عندك . أهـ رقم / ٣٥٠٤ .
ورواه أيضا الترمذى جـ٣ ص٥٣٥ باب ماجاء فى كراهية بيع ماليس عندك ، رقم / ١٢٣٤ ثم قال : هذا حديث حسن صحيح . أهـ .
ورواه النسائى جـ٧ ص ٢٨٨ تحت عنوان : بيع ماليس عندك .

(٢٠) أى من الناحية العقلية .

(٢١) وانما افترض كونه مرتدا ليكون المثال فى مبيع يخشى عليه الهلاك باقامة حد الردة عليه .

جاز له بيعه حين وجد القبض ، ودخل في ضمانه ، وان كان يخشى انفساخ العقد بهلاكه ، وكذلك لو اشترى عبدا بثوب وقبض العبد ، ولم يسلم الثوب جاز له بيع العبد حين قبضه، (٢٢) ودخل في ضمانه وان كان يخشى انفساخ العقد بهلاك الثوب ، والثمن لا نسلم (٢٣) في أحد القولين .

قالوا : استحقاق عقار بعوض، فجاز بيعه (٢٤) قبل القبض، كالشفعة. (٢٥)

قلنا : الشفعة تستحق بعد الاقالة ومع انكار المشتري ، ولا يجوز البيع، (٢٦) ولأن ذلك (٢٧) استحقاق ثبت من جهة الحكم (٢٨) لا يعتبر فيه الرضا ، (٢٩) وهذا تمليك (٣٠) يعتبر

---

(٢٢) لانه صار في ملكه وان كان الثمن وهو الثوب لم يسلمه للبائع بعد .

(٢٣) أي لا نسلم ان هلاك الثمن المعين يفسخ العقد في أحد القولين .

ففي المنهاج ص ٩٩ : والثمن المعين كالمبيع . أهـ وقد قال قبلها :

واتلاف المشتري - أي للمبيع - قبض ان علم - أي بأنه المبيع - والا فقولان .أهـ

فدل على أن في تلف الثمن قولين أيضا . وأنظر مغني المحتاج جـ ٢ ص ٦٩

(٢٤) سقط لفظ (بيعه) من الاصل .

(٢٥) حيث للشفيع بيع الشقص المبيع قبل قبضه من المشتري .

بجامع ان كلا استحقاق عقار بعوض . اما الاصل فهو الشفعة في العقار

واما الفرع فهو العقار المبيع قبل قبضه .

ولما كان حكم الاصل جواز بيع الشفيع الشقص قبل قبضه كان حكم الفرع

كذلك فلمشتري العقار بيعه قبل قبضه أيضا لذلك :

(٢٦) ولا يجوز للمشتري بيع المبيع بعد الاقالة ولا مع انكاره الشراء. أي فكان هذا

فارقا بين الاصل والفرع، فيبطل به قياسكم المذكور.

(٢٧) أي حق الشفعة .

(٢٨) أي قرره الشارع للشفيع قهرا على الشريك .

(٢٩) أي فلا يعتبر فيه التراضي .

(٣٠) أي البيع.

فيه التراضي ، فلم يجز قبل القبض (٣١) ، ولهذا (٣٢) يملك الاب بالاستيلاد جارية ابنه (٣٣) ، وشريك المشتري يملك نصيب المشتري بالتقويم اذا اعتق نصيبه قبل القبض (٣٤) ، ولا يملكان بالشراء (٣٥) ، ولانه لو كان كالشفعة لاختص به الشريك والمجاور (٣٦)

---

(٣١) أي فهذا فارق بين الاصل والفرع في قياسهم العقار المبيع قبل قبضه على حق الشفعة فيه حيث اعتبر الرضا في العقار المبيع ، ولا كذلك في الشفعة .

(٣٢) وهو ان ماثبت بالحكم قهرا لا يعتبر فيه التراضي .

(٣٣) حيث اذا وطئ الاب جارية ابنه فعلقت منه ، فانها تصير ملكا للاب قهرا على الابن وتصير مستولدة للاب اذا لم يكن الابن قد استولدها . ولا حد على الاب لشبهة الملك لان الشرع قرر له حق امتلاك مال الابن ، لحديث: انت ومالك لأبيك .

رواه ابن ماجه جـ٢ ص٧٦٩ كتاب التجارات باب ماللرجل من مال ولده ، رقم / ٢٢٩١

عن جابر ولفظه ان رجلا قال يارسول الله ان لي مالا وولدا وان أبي يريد أن يجتاح مالي . فقال : انت ومالك لابيك .

في الزوائد - على ابن ماجه للبوصيري - اسناد صحيح ورجاله ثقات على شرط البخاري . أهـ

قلت : واختلف في رفعه وارساله وله طرق اختلف في صحتها ، أنظر المقاصد الحسنة ص١٠٠ رقم/١٩٦ . وأنظر المنهاج ص١٠١ .

(٣٤) لان الشريك في ملك العبد اذا اعتق نصيبه قوم عليه نصيب شريكه واعتق قهرا عن الشريك ، ولا يعتبر فيه التراضي .

(٣٥) في نسخة ((ب)) : بالشرى . / أي ولا يدخل العبد في ملكهما بالشراء هنا ، لان الشرع حكم بعتقه قهرا .

(٣٦) أي عندكم ، لان الحنفية يثبتون الشفعة للمجاور دون الشافعية . أنظر مجمع الانهر جـ٢ ص٤٧٣ .

أي صحة بيع العقار قبل قبضه لو كان قياسه على الشفعة صحيحا لوجب قصر=

قالوا : عقد على العقار فجاز بيعه (٣٧) قبل القبض ، كالرهن والوصية . (٣٨)

قلنا : الرهن (٣٩) لا يقتضى الضمان ، (٤٠) والبيع يقتضى الضمان ، (٤١) فلا يجوز فيما لم يدخل فى ضمانه . (٤٢) والوصية تصح مع الاخطار ، (٤٣) وفيما لم يدخل فى ملكه ، ولا يصح البيع ، (٤٤) (٤٥)

= صحة بيع العقار قبل قبضه على مالو كان المشترى للعقار جارا أو شريكا كما فى الشفعة وانتم لا تقولون ذلك فبطل قياسه عليه للفارق بين الأصل والفرع فيه .

(٣٧) سقط لفظ (بيعه) من الاصل .

(٣٨) حيث يجوز للمرتهن بيع العقار المرهون وللموصى له بيع الموصى به ، ويقف فى الرهن على اجازة الراهن ، وفى الوصية على موت الموصى .
بجامع ان كلا عقد على العقار . اما الاصل فالرهن والوصية واما الفرع فهو بيع العقار . ولما كان حكم الاصل جواز بيع المرهون والموصى به قبل قبضه كان حكم الفرع كذلك فيجوز بيع العقار قبل قبضه أيضا .

(٣٩) سقطت كلمة (الرهن) من نسخة ((ب)) .

(٤٠) أى أن الرهن لا يشترط لصحة بيعه أن يكون داخلا فى ضمان المرتهن ، ولذلك جاز بيعه قبل قبضه .

(٤١) أى فلا يجوز بيع المبيع قبل قبضه . أى فهذا فارق بين الاصل والفرع يبطل به قياسهم على الرهن .

(٤٢) فى نسخة ((ب)) : فيما لا يدخل فى ضمانه .

(٤٣) أى فيما لم يقبض .

(٤٤) أى مع الغرر .

(٤٥) أى وهذا فارق بين الاصل والفرع فى قياسهم بيع العقار قبل قبضه على الوصية . والقياس مع الفارق باطل .

* مسـألة (٣٢) : لا يجوز التصرف في الصداق قبل القبض.[(١)] / ١٣٧ ى .

وقال أبو حنيفة : يجوز.[(٢)]

---

(١) الوجيز جـ١ ص١٤٥ ، وهذا القول هو الذى قطع به المصنف في المهذب جـ١ ص ٢٦٢ وأكثر العراقيين ، واما الخراسانيون فحكوا فيه قولين بناء على القولين المشهورين في أن الصداق مضمون على الزوج ضمان العقد كالمبيع أم ضمان اليد كالعارية .
قال النووى : والاصح ضمان العقد ، فان قلنا ضمان اليد جاز - أى بيع الصداق قبل قبضه - كالعارية ، وان قلنا ضمان العقد فهو كالمبيع فلا يجوز بيعه قبل قبضه لاجنبى . وفى بيعه للزوج خلاف ، والمذهب انه لا يجوز . أهـ المجموع جـ٩ ص ٢٥٥ . وأنظر فتح العزيز جـ٨ ص٤٢٥ .
وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى جـ٢ ص١٩٠ . كشاف القناع جـ٣ ص٢٣٢
قال في المغنى جـ٤ ص٨٧ : ووافقه - أى الشافعى - أبو الخطاب في غير المتعين - أى من المهر - . أهـ .
وأشار الى القول الثانى عند الحنابلة وهو أنه يجوز له ذلك كقول أبي حنيفة في نفس الصفحة فقال : والمهر كذلك - أى كعوض الخلع والعتق على مال وبدل الصلح عن دم العمد - عند القاضى وهو قول أبى حنيفة لان العقد لا ينفسخ بهلاكه . أهـ .
وأنظر المحرر جـ١ ص ٣٢٢ .

(٢) فتح القدير جـ٦ ص ١٣٧ . التبيين جـ ٤ ص٨٠ . مجمع الأنهر جـ٢ ص٧٩ .
وبه يقول المالكية : القوانين ص٢٨٤ : واما غير الطعام من جميع الأشياء فيجوز عند مالك بيعها قبل قبضها . أهـ وأنظر الشرح الصغير جـ٢ ص ٧٣ . الجواهر جـ٢ ص ٥٣ . شرح المنح جـ٢ ص ٦٩٩ . وبقول الحنفية يقول ابن حزم أيضا . المحلى جـ٩ ص ٥٩٢ والتى تليها .

لنـــا : هو أنه معاوضة ، فلم يجز[٣] بيع المملوك بها قبل القبض كالبيع.[٤]

قالوا[٥] : مال حصل بسبب لا يخشى انفساخه[٦] بهلاكه،[٧] فجاز التصـــرف فيه قبل القبض ،كالميراث.[٨]

قلنــا : لا نسلم ،فان الصداق يملك[٩] بعقد الصداق،[١٠] وينفســـخ

---

(٣) فى نسخة ((ب)) : فلا يجوز .

(٤) سقط لفظ (البيع) من نسخة ((ب)) .
حيث لا يجوز بيع المبيع فيه قبل القبض .
والجامع في القياس المذكور هو المعاوضة فى كل من الاصل وهو البيــــع والفرع وهو التصرف فى الصداق قبل القبض .
ولما كان حكم الاصل عدم جواز بيع المبيع قبل القبض ، كان حكم الفــــرع كذلك فلا يجوز التصرف فى الصداق قبل القبض أيضا لذلك .

(٥) من رقم (٥) الى رقم (٩) ساقط من نسخة ((ب)) .

(٦) أى عقد النكاح .

(٧) أى الصداق .

(٨) حيث يجوز له التصرف فيه قبل القبض ، لا نه يدخل فى ملكه قهرا فـــــلا يخشى فواته فكان فى حكم المقبوض .
بجامع أن كلا مال حصل بسبب لا يخشى انفساخه بفواته ،اما الاصـــــل فهو الميراث ، واما الفرع فهو الصداق . ولما كان حكم الأصـــــل جواز التصرف فى الميراث قبل قبضه كان حكم الفرع كذلك فيجوز التصــرف فى الصداق قبل قبضه أيضا لذلك .

(٩) الى هنا ينتهى السقط المذكور عن نسخه ((ب)) .

(١٠) أى وليس بعقد النكاح . ولذلك يصح عقد النكاح وان لم يســـم صداقا ، ويجب مهر المثل .

ذلك بهلاكه،(١١) وان لم(١٢) ينفسخ النكاح ، والميراث كالمقبوض(١٣)، ولهـــذا يهلك على ملكه،(١٤) وهاهنا(١٥) لا يهلك على ملكها.(١٦)

قالوا : أحد بدلى النكاح ،فأشبه البضع.(١٧)

---

(١١) أى الصداق .

(١٢) سقطت جملة (وان لم ينفسخ النكاح) من النسخة ((ب)) .

(١٣) لدخوله فى ملك الوارث قهرا عنه . أى فجاز بيعه قبل قبضه لذلك .

(١٤) أى ملك الوارث .

(١٥) أى الصداق .

(١٦) أى بل هو مضمون على الزوج .

أى فاختلف الفرع والاصل فى قياسهم الصداق على الميراث . والقيـــاس مع الفارق باطــل .

(١٧) البضع بالضم ، جمعه ابضاع مثل قفل واقفال ، يطلق على الفــــرج ويطلق على التزويج أيضا ،كالنكاح يطلق على العقد والجماع، والبضــع مصدر أيضا مثل السكر والكفر وابضعت المرأة ابضاعا زوجتها . . . ويقال : بضعها يبضعها بفتحتين اذا جامعها ومنه يقال : ملك بضعهــــا أى جماعها ، والبضاع الجماع وزنا ومعنى وهو اسم من باضعها مباضعـة .أهـ المصباح جـ١ ص ٥٧ .

والمقصود هنا الفرج ، والجامع فى القياس المذكور هو أنه أحد بدلــى النكاح فى كل من الاصل وهو البضع والفرع وهو الصداق ولما كــــان حكم الأصل جواز التصرف فى البضع قبل القبض بأن يطلقها قبـــــل الدخول كان حكم الفرع كذلك فيجوز له التصرف فى الصداق قبل قبضـــه أيضا لذلك .

قلـنا : البيع يجوز التصرف فى أحد بدليه (١٨)، ولا يجوز فى الآخـر (١٩)، ثم التصرف فى البضع رفع للعقد (٢٠)، فهو كالاقالة فى البيع (٢١)، والتصرف فى الصداق تمليك ومعاوضة فهو كبيع المبيع (٢٢).

---

(١٨) وهو الثمن .

(١٩) حيث يجوز للبائع استبدال الثمن من المشترى قبل قبضه ، ولا يلزم منه أن يجوز للمشترى التصرف فى المبيع قبل قبضه .

والمقصود: ابطال العلة التى جعلوها مؤثرا فى جواز التصرف فى الصداق قبل القبض ، وهى كون الصداق احد بدلى النكاح ، بأن الثمن فى البيع أحد بدلى البيع ثم لم يكن ذلك مؤثرا فى اباحة التصرف للمشترى فى المبيع قبل القبض .

(٢٠) أى حل وابطال له من رفعت الشمس الظل اذا ازالته . وهو بالطلاق هنا .

(٢١) حيث لا يجوز للمشترى التصرف فى المبيع بعدها .

بجامع ان كلا رفع للعقد اما الأصل فهو الاقالة فى البيع واما الفرع فهو التصرف فى البضع .

ولما كان حكم الاصل عدم جواز التصرف للمشترى فى المبيع بعد الاقالة كان حكم الفرع كذلك فلا يجوز للزوج التصرف فى البضع بعد الطلاق أيضا لذلك .

(٢٢) فى نسخة ((ب)) : فهو كبيع المبيع قبل القبض . / وزيادتها خطأ لأن الشافعية لا يجيزون بيع المبيع قبل قبضه عقارا كان أو غيره ، كما فى الأم : جـ٣ ص ٦٩ .

والجامع فى القياس المذكور هو ان كلا تمليك ومعاوضة ، اما الاصل فهو بيع المبيع واما الفرع فهو التصرف فى الصداق .

ولما كان حكم الاصل جواز التصرف فى المبيع بعد القبض لا قبله ، كان حكم الفرع كذلك فيجوز التصرف فى الصداق بعد القبض لا قبله أيضا لذلك .

والمقصود اثبات الفارق بين الاصل والفرع فى قياسهم المذكور والقياس مع الفارق باطل .

* مسـألة (٣٤) : القبض فيما ينقل بالنقل.(١) /١٣٧ى .

وقال أبو حنيفة : القبض فيه بالتخلية.(٢)

لنـا : ماروى ابن عمر(٣) قال : كانوا يبتاعون الطعام جزافا على عهـد رسول الله صلى الله عليه وسلم فنهاهم أن يبيعوه حتى ينقلوه(٤)، ولانه قبـض

---

(١) الوجيز جـ١ ص١٤٦ . المنهاج ص٤٩ . وحكى في المجموع جـ٩ ص٢٦٦ قولا آخر أن التخلية فيه تكفى لنقل الضمان دون جواز التصرف ، الا أنـه خلاف المشهور في المذهب .
وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى جـ٢ ص١٩٢ . كشاف القناع جـ٣ ص٢٣٥ .
وذكر في المغنى جـ٤ ص٨٥ قولا آخر عن أحمد أن القبض في كل شـئ بالتخلية مع التمييز .

(٢) سقط حرف (الباء) من كلمة التخلية . في الاصل .
أنظر المسألة في : الهداية جـ٩ ص٦٩ كتاب الرهن . التبيين جـ٦ ص٦٢ .
مجمع الانهر جـ٢ ص٧٩ وهو قول ابن حزم . المحلى جـ٩ ص٥٩٢ .
وذهب المالكية الى أن قبض غير العقار بالعرف بين الناس ان بالنقل فبـه وان بالتخلية فبها .
أنظر الشرح الصغير جـ٢ ص٧١ . الجواهر جـ٢ ص٥١ . شرح المنح جـ٢ ص٦٨٩ .

(٣) هو عبد الله بن عمر بن الخطاب . أنظر ترجمته في المسألة رقم (٤) هامش (٣) .

(٤) رواه البخاري جـ٢ ص١٦ باب من رأى اذا اشترى طعاما جزافا ان لا يبيعه حتى يؤويه الى رحله والادب في ذلك . عن ابن عمر ولفظه : لقد رأيـت الناس في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم يبتاعون جزافا يعني الطعام يضربون ان يبيعوه في مكانهم حتى يؤوه الى رحالهم .أهـ .
ورواه مسلم جـ٣ ص١١٦١ باب بطلان بيع المبيع قبل القبض. رقم /٣٨ .
ورواه النسائي جـ٧ ص٢٨٧ تحت عنوان بيع ما يشترى من الطعام جزافـا قبل أن ينقل من مكانه .

مثله [٥] فاعتبر فى الضمان [٦] ، كالتخلية فى العقار. [٧]

قالوا : مبيع ، فكانت التخلية فيه قبضا ، كالعقار ، والثمرة على النخل [٨] .

قلنا : العقار لا يمكن نقله ، والثمرة لا تنقل للضرر [٩] . وهذا يمكن [١٠] نقله من غير ضرر فاعتبر نقله [١١] ، ولهذا اعتبروا الحيازة فى هبة ما يمكن حيازته ولا يعتبر فيما لا يمكن [١٢] .

---

(٥) باضافة (قبض) الى (مثله) . فلما كان مثله يقبض بالنقل فى غير البيع ، كان قبضه بالنقل فى البيع أيضا .

(٦) أى فاعتبر القبض ليدخل المبيع فى ضمان المشترى .

(٧) حيث تعتبر التخلية فيه قبضا ويدخل بها العقار فى ضمان المشترى اعتبارا بالعادة فيه .
بجامع أنه قبض مثله فى العادة فى كل من الأصل وهو التخلية فى العقار والفرع وهو النقل فى المنقول .
ولما كان حكم الاصل حصول القبض فيه بالتخلية ، كان حكم الفرع كذلك فيحصل القبض فى المنقول بالنقل أيضا لذلك .

(٨) حيث يعتبر القبض فيهما بالتخلية .
بجامع ان كلا مبيع ، اما الاصل فهو العقار والثمرة على النخل ، واما الفرع فهو المبيع المنقول .
ولما كان حكم الاصل كون القبض فيه بالتخلية ، كان حكم الفرع كذلك فيكون القبض فى المنقول بالتخلية أيضا لذلك .

(٩) فى نسخة ((ب)) : للضرورة ./ أى لما يلحق المشترى من الضرر بايجاب نقل الثمر فى وقت واحد ، لما أنها سريعة التلف غالبا .

(١٠) وهو ما جرت العادة بنقله اذا بيع .

(١١) أى فى تحقق القبض فيه .
أى فكان هذا فارقا بين الاصل والفرع فى قياسهم وبه يبطل القياس المذكور .

(١٢) كالعقار والثمر على النخل . أنظر مجمع الانهر جـ٢ ص٥٤ .

* مسألة (٣٥) : اذا اشترى طعاما من رجل ودفع اليه ظرفا(١) ، وقال(٢) : كل ، فكاله فيه ، لم يصر مقبوضا(٣) . / ١٣٧ ى .

وقال أبو حنيفة : يصير مقبوضا(٤) .

---

(١) في المختار ص ٤٠٣ : الظرف - بفتح فسكون - الوعاء ومنه ظروف الزمان والمكان عند النحويين . أهـ .

(٢) سقط قوله (وقال : كل) من نسخة ((ب)) . / أي ولم يكن المشتري حاضرا وقت الكيل .

(٣) فتح العزيز جـ ٨ ص ٤٤٧ . المجموع جـ ٩ ص ٢٦٧ . وأنظر قريبا منه في المختصر ص ٨٢ ، الام جـ ٣ ص ٧٢ قال : ومن سلف في طعام أو باع طعاما فاحضر المشتري عند اكتياله من بائعه وقال : اكتاله لك لم يجز لانه بيع طعام قبل ان يقبض . أهـ .

(٤) الهداية جـ ٦ ص ٢٣٤ . باب السلم . التبيين جـ ٤ ص ١٢٠ ، مجمع الانهر جـ ٢ ص ١٠٥ .

وهو قول الحنابلة : كشاف القناع جـ ٣ ص ٢٣٤ . شرح المنتهى جـ ٢ ص ١٩٠ .

واما المالكية فعلى مذهبهم في اعتبار العرف في القبض ينظر ، فان كان هذا مما تعارف الناس عليه كان قبضا صحيحا والا فلا .

أنظر مذهبهم في اعتبار العرف في القبض في غير العقار في كل من : الشرح الصغير جـ ٢ ص ٧١ ، الجواهر جـ ٢ ص ٥١ . شرح المنح : جـ ٢ ص ٦٨٩ .

واما ابن حزم فالقبض عنده : ان يطلق البائع يد المشتري على المبيع بان لا يحال بينه وبينه . وعليه فيكون رأيه في هذه المسألة ان القبض قد تحقق صحيحا .

أنظر مذهبه في القبض : المحلى جـ ٩ ص ٥٩٢ .

لنـــا . هو أن مالا يكون قبضا للدين الذى عليه لم يكن قبضا للعــين ، كما لو كاله فى الظرف بغير اذنه .(٥)

قالوا : كال(٦) المبيع باذن المشترى ، فأشبه اذا كاله بحضرته .(٧)

قلنـــا : ذاك(٨) سلمه اليه(٩) ، وهذا(١٠) لم يسلمه ،(١١) ولهذا لو كال مافـــى ذمته بحضرته(١٢) صح ، ولو كال ، هاهنا(١٣) مافى ذمته لم يصح ،(١٤) ولان هنــــاك(١٥)

---

(٥) حيث لا يكون قبضا للمبيع لان الظرف ليس فى ضمان البائع لكونه ليس ملكا له .
بجامع عدم اعتباره قبضا للدين فى كل من الاصل وهو مالو كان للمشـــترى عند البائع ظرف فكال له به الطعام من غيراذن ، والفرع وهو مالو دفعـــه اليه ليكيل له به الطعام .
ولما كان حكم الاصل عدم صيرورة الطعام مقبوضا به ، كان حكم الفرع كذلـــك فلا يصير الطعام مقبوضا بالاذن له فيه أيضا لذلك .

(٦) فى نسخة ((ب)) : اكتال .

(٧) حيث يصح الكيل اذن ويحصل به القبض .
بجامع كيل المبيع باذن المشترى فى كل من الاصل وهو مالو كال المبيـــع بحضرة المشترى والفرع وهو مالو كاله باذنه .
ولما كان حكم الاصل حصول القبض به ، كان حكم الفرع كذلك فيحصل القبض به أيضا لذلك .

(٨) أى فى حال حضور المشترى وقت الكيل .

(٩) أى الطعام المكيل . وبالتسليم اليه يحصل القبض .

(١٠) أى فى حال دفع الظرف مع عدم حضور الاكتيال .

(١١) فى نسخة ((ب)) : لم يسلمه اليه . / أى فهذا فارق بين الاصل والفرع يبطل به قياسهم المذكور .

(١٢) أى بحضرة من له الحق .

(١٣) أى حال دفع الظرف من غير حضور .

(١٤) لحصول القبض بحضوره الاكتيال هناك ، وعدم حصوله بغيابه هنا .

(١٥) أى فى حال الاكتيال بحضرة المشترى .

الظرف في يد المشتري[١٦]، وهاهنا[١٧] في يد البائع ولهذا لو تنازعاه[١٨] لكان[١٩] القول قوله مع يمينه[٢٠].

مسألة (٣٦) : اذا ولدت[١] الجارية المبيعة قبل القبض فهلكت[٢] قبل القبض أخذ المشتري الولد بغير بدل[٣] /١٣٧ ى.

وقال أبو حنيفة : يأخذه بقسطه من الثمن[٤].

لنا : هو أنه نماء حادث في ملك المشتري، فلا يقابله قسط من الثمن كالكسب، والولد الحادث في يد المشتري[٥]، ولانه لو هلك الولد لم يسقط

---

(١٦) أي في ضمانه لكونه تحت يده.

(١٧) أي في حال دفع الظرف للاكتيال مع غياب المشتري.

(١٨) أي الظرف.

(١٩) في نسخة ((ب)) : كان.

(٢٠) أي البائع، لأن الظاهر معه، اذ لم تجر العادة أن يحضر المشتري الكيل معه.

(١) في نسخة ((ب)) : اذا ارتدت. / وهو خطأ لعدم اتساقه مع مابعده.

(٢) في نسخة ((ب)) : وهلكت.

(٣) فتح العزيز جـ٨ ص٤٢٨. المجموع جـ٩ ص٢٥٧. المنهاج ص٤٩.

(٤) لم أجدها منصوصا عليها.

كما لم أجد قول الحنابلة والمالكية وابن حزم فيها أيضا.

(٥) حيث لا يقابل بقسط من الثمن فيهما.

بجامع انه نما حادث في ملك المشتري في كل من الاصل وهو الكسب في البيع والولد الحادث في يد المشتري والفرع وهو ولد الجارية اذا ماتت قبل القبض.

ولما كان حكم الاصل دخولهما في ملك المشتري من غير بدل، كان حكم الفرع كذلك فيدخل الولد قبل القبض في ملكه أيضا لذلك.

من الثمن شئ ، فدل على انه لا يقابله شئ.(٦)

قالوا : التسليم حق استقر فى رقبة الام فسرى(٧) الى الولد ، كالاستيلاد(٨) ، وما دخل فى تسليم العقد قابله العوض ، كالمبيع.(٩)

قلنا : الاستيلاد يتعلق به العتق ومبناه على التغليب(١٠) ، بخلاف التسليم.(١١)

---

(٦) فى نسخة ((ب)) : بشئ.

(٧) أى وجوب التسليم .

(٨) حيث يسرى الحكم بعتق المستولدة اذا مات سيدها الى ولدها أيضا . وتسمى أم ولد فلا يجوز له بيعها ولا رهنها ولا هبتها وله وطؤها واستخدامها وتعتق بموته من رأس ماله . أنظر المنهاج ص ١٦٢.
والجامع فى القياس المذكور هو أنه حق استقر فى رقبة الام فى كل من الاصل وهو استيلاد الامة ، والفرع وهو ولد الجارية اذا هلكت قبل قبضها .
ولما كان حكم الاصل سريان العتق الى الولد باستيلاد امه ، كان حكم الفرع كذلك فيسرى حق التسليم الى الولد ببيع أمه ايضا لذلك .

(٩) حيث يقابله الثمن .
بجامع الدخول فى تسليم العقد فى كل من الاصل وهو المبيع والفرع وهو ولد الجارية تموت قبل قبضها .
ولما كان حكم الاصل وجوب العوض فى مقابلته ، كان حكم الفرع كذلك فيجب أن يقابل الولد بقسطه من الثمن فى بيع الام أيضا لذلك .

(١٠) بمعنى أن يسرى حكم الام على الولد فيعتق معها من رأس مال السيد قبل الديون والوصايا .

(١١) أى ولا كذلك التسليم فى المبيع فليس له قوة الاستيلاد ، فلا ينتقل حكمه الى الولد ، فلا يقابل بشئ من الثمن .
أى فهذا فارق بين الاصل والفرع يبطل به قياسهم المذكور.

* مسألة (٣٧) : اذا قطع البائع يد العبد[1] قبل التسليم لم يسقط من الثمن شيء[2] ./ ١٣٧ ى.

---

(١) فى الاصل : يد الصيد . / وهو تحريف .

(٢) المنهاج ص ٤٩ : ولو تعيب - أى المبيع - قبل القبض فرضيه أخذه بكل الثمن . أهـ

وقد بين فى شرح الوجيز جـ ٨ ص ٤١١ المسألة وفصلها فقال : اذا قطع البائع يد العبد قبل التسليم فان جعلنا جنايته كالافة السماوية فللمشترى الخيار : انشاء فسخ واسترد الثمن ، وانشاء اجاز بجميع الثمن ، وان جعلناها كجناية الاجنبى فله الخيار أيضا ان فسخ فذاك ، وان اجاز رجع بالارش على البائع وفى قدره القولان المذكوران فى الأجنبى - قيل نصف القيمة وقيل مانقص من القيمة والاصح الأول أنظر ص ٤١٠ - أهـ ثم ذكر ان الغزالى مال الى ترجيح ان جناية البائع كجناية الأجنبى ، وخالفه الرافعى فقال : لكن معظم الأصحاب على ترجيح القول المقابل له . أهـ . أى كالافة السماوية .

وهو قول الحنابلة : كشاف القناع جـ٣ ص ٢٣١ : وان اتلفه أى المبيع بكيل أو نحوه آدمى غير مشتر بائعا كان المتلف أو غيره أى غير البائع خير مشتر بين الفسخ وأخذ الثمن الذى دفعه . أهـ . وشرح المنتهى جـ٢ ص ١٨٨ . المغنى جـ٤ ص ٨٤ .

وفرق المالكية بين أن يجنى البائع على المبيع عمدا فيرد المبيع عليه مدة الخيار أو خطأ فيخير المشترى بين امضاء البيع على مافى المبيع من عيب بالجناية ولا شيء له وبين الرد وأخذ الثمن . أنظر الجواهر جـ٢ ص ٣٨ . شرح المنح جـ٢ ص ٦٩٣ . الشرح الصغير جـ٢ ص ٧٣ .

ويشبه أن يكون ابن حزم قائلا يقول الشافعية أيضا . أنظر المحلى جـ٩ ص ٧٢٠ .

وقال أبو حنيفة : يسقط نصف الثمن .(٣)

لنـا : هو أنه جزء(٤) لا ينقسم عليه الثمن(٥)، تلف في يد البائع قبل التسليم فلم يسقط من الثمن شئ(٦)، كما لو تلف بأكلة(٧).

قالوا . تلف حصل بفعل آدمي ، فضمن بالبدل ، كما لو قتل المبيع ، أو قطع المشترى أو الأجنبي يده(٨) .

قلنا : في هلاك المبيع ، لا فرق بين الآدمي وغيره(٩)، فلم يؤثر الوصف(١٠) ،

---

(٣) الهداية جـ٦ ص ١٩٨ وأنظر فتح القدير عليه . التبيين جـ٤ ص١٠٨ . مجمع الانهر جـ٢ ص ٩٦ .

(٤) في نسخة ((ب)) : هو انه جنس. / والمقصود به يد العبد .

(٥) لأن الثمن في مقابل العبد كله ، فليس لكل جزء منه ثمن معين يقابله .

(٦) لان بامكانه ان يفسخ العقد بسبب العيب ، وان لم يفعل مع علمه بالعيب دل ذلك على رضاه به .

(٧) مرض ، قال في القاموس جـ٣ ص ٣٢٩ : والأكِلَة كفَرِحَة داء في العضو يأتكل منه . أهـ

والجامع في القياس المذكور هو انه جزء لا ينقسم عليه الثمن تلف في يد البائع قبل التسليم في كل من الاصل وهو مالو تلف العضو باكلة ، والفرع وهو مالو تلف بالقطع .

ولما كان حكم الاصل عدم استحقاقه اسقاط شئ من الثمن به ، كان حكم الفرع كذلك فلا يسقط منه شئ بقطع البائع أيضا لذلك .

(٨) بجامع حصول التلف بفعل الادمي في كل من الاصل وهو مالو قتل البائع المبيع أو قطع المشترى أو الاجنبي يده ، والفرع وهو مالو قطع البائع يده .

ولما كان حكم الاصل وجوب الضمان به على القاتل والمشترى والأجنبي ، كان حكم الفرع كذلك ، فيسقط نصف الثمن بقطع البائع أيضا لذلك .

(٩) حيث ينفسخ البيع ويسقط الثمن .

(١٠) وهو كون التلف حاصلا بفعل آدمي .

ولأن المبيع قابله الثمن ، فسقط ما قابله (١١)، وهذا (١٢) بخلافه (١٣)، والمشترى (١٤) مستوف (١٥)، فجعل اتلافه استيفاء ، كمن له القصاص يجعل بقطع اليد كالمستوفى لنصف الديه (١٦) والاجنبى يضمنه بالجناية (١٧)، ولهذا ضمنه بالقيمة (١٨)، واليد لها بدل فى الجناية (١٩)، والبائع يضمنه بالعقد (٢٠) ولهذا لا يضمن القيمة (٢١) واليد لا عوض لها فى العقد (٢٢).

---

(١١) وهو الثمن . أى فيما اذا قتل .

(١٢) اشارة الى قطع يد العبد .

(١٣) حيث لم يقسط الثمن فيه على اجزاء العبد .

(١٤) من قوله : والمشترى . . الى آخر المسألة ساقط من نسخة ((ب)) .

(١٥) فى الاصل باثبات الياء ، والصواب حذفها .

(١٦) المقصود أن قياسهم قطع البائع يد العبد قبل التسليم على قطع المشترى اياها قياس مع الفارق ، لأن المشترى بقطعها يكون مستوفيا وقابضا للمبيع وهو العبد هنا واما البائع فهو متصرف فى ملكه ابتداء لان المبيع قبل القبض فى ضمانه لان يده لا تزال ثابتة عليه . فهذا قياس مع الفارق .

(١٧) لان العبد ليس ملكا له فيكون متصرفا فى ملك الغير فيضمن .

(١٨) لان العبد متقوم كالسلعة فيضمنه الجانى بما نقص من قيمته بالجناية .

(١٩) وهو نصف قيمة العبد .

(٢٠) أى أن البائع يضمن العبد الذى باعه بسبب عقد البيع ، ولولاه لما ضمنه أصلا ، لان العبد ملك له ، فلو اتلفه أو بعضه فلا ضمان عليه لانه تصرف فى ملكه وان كان يعاقب عقوبة تعزيرية .

والمقصود اثبات الفارق فى قياسهم بين الاصل وهو ضمان الاجنبى يد العبد لو قطعها ، والفرع وهو ضمان بائع العبد ، اذ الاجنبى يضمنه بسبب الجناية عليه ، فيضمنه بالقيمة ، واما البائع فلا يضمنه بسبب الجناية بل بسبب عقد البيع اذ تعلق فى العبد المبيع حق المشترى فضمنه بالبدل أو المثل لا بالقيمة ،

(٢١) لان الضمان بالقيمة متعلق بالجناية على العبد ، والبائع مالك له فلا ضمان عليه بالجناية على العبد بسبب الملك . وانما يضمنه بالثمن اذا كان العبد مبيعا ولم يقبضه المشترى بعد كما هو فرض مسألتنا التى نحن فيها .

(٢٢) لان الثمن غير منقسم على اجزاء المبيع بل على كليته ، واذ لا عوض لليد فى العقد =

" مســـائل الرد بالعيب(*) "

* مسألة (٣٨) : اذا اشترى شاة مصراة(١)، ثبت له الخيار(٢) / ٣٧ / ش.

= فليس للمشترى حق المطالبة بقيمة يد العبد المبيع بخلاف مالو جنى أجنبى على يد العبد حيث يضمنها بالقيمة.
فبطل قياسهم جناية البائع على يد العبد على جناية الاجنبى عليها للفارق المذكور.

(*) فى القاموس ج١ ص١٠٩ : العيب - بفتح فسكون - والعاب الوصمة ، كالمعاب والمعابة والمعيب . أهـ. فهى كلمة تعنى النقص.
تقول : عاب المتاع عيبا من باب سار، فهو عائب ، وعابه صاحبه فهو معيب يتعدى ولا يتعدى ، والفاعل عائب وعياب مبالغة ، . . . وعيبه نسبه الى العيب .أهـ المصباح ج٢ ص١٩١ .
والضابط فى العيب الذى يرد به المبيع هو: مايعده الناس عيبا ، فان خفى شئ منه رجع فيه الى أهل الخبرة بذلك الجنس. وهذا تعريف الشيرازى فى المهذب ج١ ص٢٨٦
وعرفه السبكى بأنه : مانقص القيمة أو العين نقصانا يفوت به غرض صحيح ، ويغلب على امثاله عدمه .أهـ
وقيل : هو مانقص القيمة أو العين من الخلقة التامة .أهـ المجموع ج١٢ ص٤٨٦ .
فاذا وجد العيب ثبت الخيار وهو: ماثبت بفوات أمر مظنون نشأ الظن فيه من التزام شرطى ، أو قضاء عرفى أو تغرير فعلى .
مثال الالتزام الشرطى : أن يقول المشترى : ابتعته بشرط أنه كاتب أو خباز . فبان بخلافه .
مثال القضاء العرفى وهو السلامة عن العيوب المذمومة فمهما فاتت ثبت له الخيار كأن يشترى العبد فيجده معتاد الاباق والفحش والبول فى الفراش ونحو ذلك .
مثال التغرير الفعلى : تصرية ضرع الشاة. ومنه الكذب فى مسألة تلقى الركبان والنجش اذا كان عن تواطؤ مع البائع. أنظر الوجيز ج١ ص١٤٢ والتى تليها .

....

---

(١) مأخوذة من صر يصر من باب ضرب يضرب صريرا ، ومنه الصرار بوزن كتاب وهو خرقة تشد على اطباء الناقة لئلا يرتضعها فصيلها ، والصر يعني الترك ومنه قولك : رجل صرورة أي لم يأت النساء ، سمى بذلك لصره على ماء ظهره ، وتقول : صررت الناقة تركت حلابها . أنظر المصباح ج١ ص ٣٦٢ وعرف الشربيني التصرية بأنها : ان يترك البائع حلب الناقة أو غيرها عمدا مدة قبل بيعها ليوهم المشترى كثرة اللبن . أهـ مغنى المحتاج ج٢ ص٦٣ .
وقال البخارى ج٢ ص ١٧ باب النهي للبائع أن لا يحفل الابل والبقر والغنم وكل محفلة : والمصراة التي صرى لبنها وحقن فيه وجمع فلم يحلب اياما ، واصل التصرية حبس الماء يقال منه : صريت الماء . أهـ .

(٢) المختصر ص ٨٢ . الأم ج٣ ص ٦٨ . وذكر في المنهاج ص ٤٨ مدة الخيار فقال : التصرية حرام تثبت الخيار على الفور وقيل يمتد ثلاثة أيام . أهـ . وزاد السبكي في تكملة المجموع وجها ثالثا قاله أبو اسحاق انه لا يرد قبل انقضاء الثلاث ولا بعدها . أنظر المجموع ج١١ ص١٩٩ ، لكنه استبعد هذا الوجه .
وبثبوت الخيار في المصراة يقول الحنابلة أيضا : شرح المنتهى ج٢ ص١٧٤ كشاف القناع ج٣ ص٢٠٢ المغنى ج٤ ص١٠٢ .
وهو قول المالكية خلافا لاشهب اذ يرى ان حديث المصراة منسوخ بحديث الخراج بالضمان ، أنظر بلغة السالك ج٢ ص٥٧ وأنظر الشرح الصغير ج٢ ص٥٦ .
وأنظر الجواهر ج٢ ص ٤٢ . شرح المنح ج٢ ص٦٤١ .
وبقول الشافعية يقول أبو محمد بن حزم . المحلى ج٩ ص٧٢ .

وقال أبو حنيفة : لا خيار له.(٣)

لنـا : ماروى أبو هـريرة(٤) أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : (لا تصروا(٥) الابل والغنم فمن ابتاعها(٦) بعد ذلك ، فهو بخير النظرين بعد أن يحلبهـا ان رضيها امسكها وان سخطها ردها وصاعا من تمر)(٧) وروى ابن عمر(٨) : من بـاع

---

(٣) وهو قول محمد بن الحسن واشهر القولين لأبي يوسف ، أنظر شرح الطحاوى جـ٤ ص١٩ . وأنظر عمدة القارئ جـ١١ ص٢٧٠ الا أنه ذكر لابى حنيفـة في الرجوع بنقصان الثمن على البائع وعدم الرجوع به روايتين وجه الثانيـة : ان اجتماع اللبن وجمعه في الضرع ليس بعيب.

(٤) أنظر ترجمته في المسألة رقم (٣١) هامش (٨) .

(٥) قال ابن حجر : لا يصروا بضم التاء على وزن لا تزكوا ، والابل منصـوب على المفعولية ومنهم من يرويه لا تصروا بفتح التاء وضم الصاد . أهـ التلخيص جـ٣ ص٢٣ رقم/ ١١٩٢ .

(٦) في الاصل : في اتباعها . / ولا معنى له .

(٧) رواه البخارى جـ٢ ص١٧ باب النهى للبائع أن لا يحفل الابل والبقر والغنم وكل محفلة .
ورواه مسلم جـ٣ ص١١٥٩ باب حكم بيع المصراة عن أبى هريرة مرفوعا ولفظه من اشترى شاة مصراة فهو بخير النظرين ان شاء امسكها وان شاء ردهـا وصاعا من تمر لا سمراء . أهـ رقم الحديث في البيوع/ ٢٦ . والسمراء هـي الحنطة .
ورواه أبوداود جـ٣ ص٢٧٠ باب من اشترى مصراة وكرهها . رقم/ ٣٤٤٣ عن أبى هريرة مرفوعا : لا تلقوا الركبان للبيع ولا يبع بعضكم على بيع بعض ولا تصروا الابل . . . الحديث أهـ .
ورواه النسائي بلفظ البخارى أيضا جـ٧ ص٢٥٣ تحت عنوان النهى عن المصراة وبلفظ مسلم رواه الترمذى جـ٣ ص٥٥٣ باب ماجاء في المصراة . رقم/ ١٢٥٢ . وبه أيضا رواه ابن ماجه جـ٢ ص٧٥٣ باب بيع المصراة رقم/ ٢٢٣٩ .

(٨) أنظر ترجمته في المسألة رقم (٤) هامش (٣) .

محفلة (٩) فهو بالخيار ثلاثة أيام ، فان ردها رد معها مثل أو مثلى لبنها قمحا (١٠).

فان قيل : هذا مخالف للأصول (١١) فلا يقبل ، وذلك انه قدر الرد بثلاثة أيام (١٢) وأوجب رد (١٣) الشاة مع أخذ جزء منها (١٤) وذلك لا يجوز (١٥)،

---

(٩) بضم الاول وفتح الثاني بعدها فاء مشددة ، وهو ترك حلب الشاة أو غيرها ليجتمع اللبن في ضرعها ، أنظر المصباح جـ١ ص٤ ١٥٠.
وقال الخطابي في المعالم جـ٥ ص٨٩ : والمحفلة هي المصراة ، سميت محفلة لحفول اللبن واجتماعه في ضرعها . أهـ .

(١٠) رواه أبو داود جـ٣ ص٢٧١ باب من اشترى مصراة فكرهها . رقم/ ٣٤٤٦.
ورواه ابن ماجه جـ٢ ص٧٥٣ باب بيع المصراة ، رقم/ ٢٢٤٠.
ورواه البيهقي جـ٥ ص٣١٩ باب الحكم فيمن اشترى مصراة . ثم قال : تفرد به جميع بن عمير ، قال البخاري : فيه نظر . أهـ.
وقال المنذري في مختصر سنن أبي داود جـ٥ ص٨٩ : قال الخطابي : وليس اسناده بذاك . والأمر كما قال ، فان جميع بن عمير قال ابن نمير : هو من أكذب الناس ، وقال ابن حبان : كان رافضيا يضع الحديث . أهـ .
وقال ابن حجر في الفتح جـ٤ ص٣٦٤ : في اسناده ضعف وقد قال ابن قدامة انه متروك الظاهر بالاجماع . أهـ . يعني لفظ : مثلي - بالتثنية - لبنها .

(١١) أي لعمومات الشرع وقواعده المقتضية ضمان ماله مثل بمثله والا فبقيمته ، فاعادة صاع تمر مكان اللبن المحلوب قل أو كثر من المصراة لا يدخل تحت واحد من هذين النوعين من الضمان ، فيرد الحديث فيه لانه خبر آحاد فلا يقوى على مواجهة الاصول ولما ذكره المصنف أيضا من تقدير الرد بثلاثة أيام ومابعده .

(١٢) أي والاصل أن يكون الرد فور الوقوف على العيب .

(١٣) سقطت كلمة (رد) من نسخة ((ب)) .

(١٤) وهو اللبن المحلوب .

(١٥) لان فيه غبنا للبائع اذ لم ترد اليه السلعة بحالها والاصل أن تعاد اليه بلا نقص .

كما لو رد بعد قطع اليد (١٦)، وأوجب بدل اللبن مع بقائه (١٧)، وأوجب بدله من غير جنسه، وهو من ذوات الأمثال (١٨)، وقدر البدل بصاع، والمتلفات لا تتقدر ابدالها بشئ واحد (١٩)، وقد تكون الشاة اشتراها بصاع، فاذا دفع الصاع (٢٠) بدل اللبن واسترجع الثمن (٢١) اجتمع للبائع الثمن والمثمن، وكان ذلك ربا، فانه أخذ صاعا وشاة بصاع. (٢٢)

---

(١٦) حيث لا يجوز الرد حالتئذ.
بجامع تفويت جزء من المبيع فى كل من الاصل وهو قطع يد المبيع والفرع وهو لبن المصراة،
ولما كان حكم الاصل عدم صحة الرد فيه، كان حكم الفرع كذلك فلا يصح رد المصراة بعد حلبها أيضا لذلك.

(١٧) أى والاصل أن يرده مادام موجودا.

(١٨) لان الاصل أن المتلف اذا كان لهمثل ضمن بمثله والا فبالقيمة، وقد كان يمكن لو استهلك اللبن المحلوب من المصراة أن يرد مكانه لبنا مثله، فيكون رد صاع من تمر مكانه مخالفا للأصل المذكور.

(١٩) وهو التمر هنا، أى بل به وبغيره من المقومات. وأيضا فقد يكون اللبن المحلوب يساوى أكثر من صاع وقد لا يساويه، فيختلف الضمان باختلاف المضمون زيادة ونقصا.

(٢٠) أى المشترى.

(٢١) فى نسخة ((ب)) : واسترجع الشاة. / وهو خطأ.

(٢٢) أى واذا اتحد الجنس فى الثمن والمبيع حرم التفاضل والنساء، وأخذ الشاة مع الصاع تفاضل فيحرم.
أى فثبت بجميع ماذكر أن القول باعادة المصراة وصاعا من تمر مخالف للاصول الشرعية فوجب رده وتقديمها عليه، لان الاصول ثابتة باليقين واما خبر الاحاد فبالظن. ولا يعارض اليقين به.

قيـــل : الخبر يقدم[٢٣] عندنا على الاصول[٢٤]، ولانهم عملوا بخبر الواحد في الوضوء بالنبيذ[٢٥]

---

(٢٣) في نسخة ((ب)) : الخبر عندنا مقدم على الاصول . / أنظر التبصرة ص ٣١٦ مسألة رقم / ١١

(٢٤) لان بثبوته يصبح اصلا بذاته فيضاف اليها ولا يعارض بها .
أنظر التبصرة ص ٣١٦ .

(٢٥) النبيذ هو مايعمل من الاشربة من التمر والزبيب والعسل والحنطـــة والشعير وغير ذلك ، يقال : نبذت التمر والعنب اذا تركت عليه المـــاء ليصير نبيذا فهو فعيل بمعنى مفعول ، لانك تنبذ أي تطرح شيئا من هذه المذكورات في الماء لفترة من الزمن .
وسواء كان مسكرا أو لم يكن فانه يقال له نبيذ ، ويقال للخمر المعتصر مـــن العنب نبيذ كما يقال للنبيذ خمرا . أنظر النهاية جـ٥ ص٧ .
والخبر المشار اليه هو مارواه أبو داود عن ابن مسعود أن النـــــبي صلى الله عليه وسلم قال له ليلة الجن : مافي اداوتك ؟ قال : نبيـــذ ، قال : تمرة طيبة وماء طهور . قال أبو داود : وقال سليمان بن داود عن أبي زيد أو زيد : كذا قال شريك ، ولم يذكر هناد ليلة الجـــن .أهـ جـ١ ص٢١ باب الوضوء بالنبيذ رقم / ٨٤ .
قال المنذري في مختصر سنن أبي داود جـ١ ص٨٢ : قال أبو زرعة : وليـــس هذا الحديث بصحيح -
وقال أبو أحمد الكرابيسي : ولا يثبت في هذا الباب من هذه الرواية حديث بل الاخبار الصحيحة عن عبد الله بن مسعود خلافه .أهـ .
ورواه الترمذي جـ١ ص١٤٧ باب ماجاء في الوضوء بالنبيذ ، رقم / ٨٨ ثم قـــال : وأبو زيد رجل مجهول عند أهل الحديث لا تعرف له رواية غير هذا الحديث .أهـ
ورواه ابن ماجه جـ١ ص١٣٥ باب الوضوء بالنبيذ ، رقم / ٣٨٤ .
وقد ضعفه الطحاوي أيضا ورفض العمل به . أنظر شرح معاني الآثار جـ١ ص٩٥ باب الرجل لا يجد الا نبيذ التمر هل يتوضأ به أو يتيمم .

والقهقهة،(٢٦) مع مخالفة الاصول،(٢٧) وقال أبو حنيفة(٢٨): القياس ان من اكل أو شرب ناسيا أن يبطل صومه ، ولكن تركته لحديث أبى هريرة(٢٩) ، ولأنه(٣٠)

---

(٢٦) فى القاموس جـ٤ ص٢٩١: قهقه رجع - بتشديد المعجمة فى ضحكه أو اشتد فى ضحكه كقه - بتشديد الهاء - فيهما أوقه قال فى ضحكه قه ، فاذا كرره قيل قهقه وهو ره - براء مفتوحة فهاء مشددة - وقه - بفتح القاف فهاء مشددة أيضا - أهـ .

والخبر المشار اليه هو ماروراه الدارقطنى جـ١ ص١٦٤ عن عبد العزيز ابن الحصين عن عبد الكريم بن أبى أمية عن الحسن عن أبى هريرة عن النبى صلى الله عليه وسلم قال : اذا قهقه اعاد الوضوء والصلاة . أهـ . وقد قال قبله بقليل عن هذا السند : وقد رواه عبد الكريم أبو أمية عن الحسن عن أبى هريرة وعبد الكريم متروك والراوى له عنه عبد العزيز بن الحصين وهو ضعيف أيضا ، أهـ أنظر باب أحاديث القهقهة فى الصلاة وعللها ، رقم/١١ وقد ذكر جميع طرقه وبين ضعفها . وفى بعضها قصة .

وأنظر النصب أيضا جـ١ ص٤٧ وقد أبان مافى جميع روايات الحديث من ضعف .

(٢٧) لان الاصل أن يكون الوضوء بالماء ، فان عدمه فبالتيمم .

كما ان الاصل أيضا فى الوضوء ان لا ينتقض الا بما خرج من السبيلين .

(٢٨) فى نسخة ((ب)) : فقال .

(٢٩) رواه البخارى جـ١ ص٣٣٠ كتاب الصوم باب الصائم اذا اكل أو شرب ناسيا ، عن أبى هريرة مرفوعا : اذا نسى فاكل وشرب فليتم صومه فانما اطعمه الله وسقاه . أهـ .

ورواه مسلم جـ٢ ص٨٠٩ باب اكل الناسى وشربه وجماعه لا يفطر . رقمه/ ١٧١ .

والمقصود انه كما ترك القياس [illegible] للاثر كان ينبغى أن يتركه أيضا لحديث المصراة الثابت .

(٣٠) أى حديث المصراة .

غير مخالف للاصول. فأما قولهم انه (٣١) قدر الرد بثلاثة أيام، فلأنه (٣٢) لا يتبين التدليس الا بذلك، فانه في اليوم الأول اللبن غزير وفي الثاني يجوز أن يكون النقص لعارض، وفي الثالث يتبين، وانما أوجب (٣٣) الرد مع أخذ اللبن، لان اللبن مع الشاة، كالعينين، (٣٤) فيجوز رد أحدهما دون الآخر بخلاف اليد، (٣٥) فانه جزء من الشاة ينقص به المردود، (٣٦) وانما أوجب البدل مع بقاء اللبن، (٣٧) لانه لا يمكن رده، لاختلاطه (٣٨) بلبن المشترى، فصار كالعبد اذا أبق (٣٩) يغرم بدله مع

---

(٣١) سقط لفظ (انه) من نسخة ((ب)).

(٣٢) في نسخة ((ب)) : فانه.

(٣٣) في نسخة ((ب)) وانما اجاز. / أي للمشترى وعلى مافي الاصل معناه : وانما أوجب على البائع قبول الرد مع أخذ المشترى اللبن. الخ.

(٣٤) أي كالشيئين المختلفين يباعان ثم يرد أحدهما دون الآخر.

(٣٥) يشير الى قياسهم رد المصراة بعد الحلب على مالو رد الشاة بعد قطع يدها عند المشترى.

(٣٦) أي ولا كذلك اللبن، فان الشاة لا تنقص قيمتها بحلبها. وان ذلك كذلك فان قياسهم رد المصراة مع نقص ما حلبه منها المشترى، على رد الشاة بعد قطع يدها منها، قياس مع الفارق.

(٣٧) أي المحلوب منها، أي عند المشترى.

(٣٨) في نسخة ((ب)) : لاختلاصه. / وهو تحريف. / وصورة اختلاطه : ان اللبن الذى كان في الشاة عند بيعها انما هو للبائع، ولما انتقل ملكها الى المشترى بالبيع فان اللبن الذى حدث في الضرع من ملك المشترى، وقد اختلط اللبنان في الضرع فلا يمكن التمييز بينهما فيتعذر الرد.

(٣٩) أي هرب. ففي المختار ص٢ : ابق - بفتحتين - العبد يأبق ويأبق بكسر الباء وضمها أي هرب. أهـ.

بقائـه،(٤٠) وأوجب بدلا من غير جنسه،(٤١) لأن مثله من جنسه لا يمكن على مابينـــاه(٤٢) فعدل الى غيره ،كما لو اتلف(٤٣) مصوغا(٤٤) وزنه مائة ،وقيمته مائتان ،أنه يضمنه بغير جنسه،(٤٥) ولانه قد يضمن الشئ بالقيمة ،وان كان له مثل ،كالحر يضمن بالابل(٤٦)،وانما

---

(٤٠) بجامع تعذر الرد ، فى كل من الاصل وهو مالو ابق العبد عنــد البائع قبل القبض والفرع وهو مالو اشترى شاة مصراة .
ولما كان حكم الاصل استرجاع المشترى بدل العبد دون العبد ،كــان حكم الفرع كذلك فيرد المشترى الشاة دون ماحلب من لبنها أيضا لذلك .

(٤١) أى اللبن .

(٤٢) لاختلاط لبن المشترى بلبن البائع.

(٤٣) فى نسخة ((ب)) : كما لو تلف.

(٤٤) فى المصباح جـ١ ص٣٧٧ : صاغ الرجل الذهب يصوغه صوغا : جعلــه حليا ،فهو صائغ وصواغ ، وهى -اى الصنعة منه - الصياغة .أهـ .

(٤٥) أى بمائتين .
بجامع تعذر الضمان بالمثل فى كل من الاصل وهو مالو اتلف مصوغا وزنــه مائة وقيمته مائتان ، والفرع وهو مالو حلب المصراة ثم ردها دون لبنها .
ولما كان حكم الاصل ضمانه بغير جنسه ، كان حكم الفرع كذلك فيضمــن اللبن بغير جنسه أيضا لذلك .

(٤٦) أى فيما لو قتله شخص خطأ فانه يضمنه بالابل مع وجود المثل وهو نفس القاتل .
بجامع تعذر الضمان بالمثل فى كل من الاصل وهو ضمان الحر بالابــل ، والفرع وهو ضمان لبن المصراة بالتمر .
ولما كان حكم الاصل ضمان الحر بغير جنسه ،كان حكم الفرع كذلك فيضمن لبن المصراة بغير جنسه أيضا لذلك .

قدر البدل ، لان اللبن مستتر ، لا يعرف قدره ، فأوجب مقدرا (٤٧) لقطع الخصومة ، كما أوجب في الجنين (٤٨) بدلا مقدرا ، (٤٩) ولم يفرق بين الذكر والانثى ، لانه لا يوقف على حقيقته ، وقولهم : انه قد يكون ثمن الشاة صاعا ، لا يصح ، لانه انما قضى بالصاع ، لانه ورد على العادة ، وان الشاة لا تباع بصاع ، (٥٠) واما الربا فانما لا يجوز في العقود ، وهذا فسخ فجاز فيه ، (٥١) ولهذا لو تصارفا (٥٢) فتفرقا من غير قبض ، لم يجز ، ولو تقايلا (٥٣) الصرف جاز أن يتفرقا من غير قبض ، (٥٤) ولانه تدليس (٥٥) من البائع بما يختلف

---

(٤٧) وهو الصاع من التمر .

(٤٨) في نسخة ((ب)) : في الجنس . / وهو تحريف . والمراد اذا اسقط بجناية على أمه .

(٤٩) ، وهو غرة عبد أو امة ، أي خيار العبيد والاماء ، ومحل وجوب الغرة اذا انفصل ميتا بجناية على أمه مؤثرة فيه كضربة قوية لا لطمة خفيفة . أنظر شرح المحلى جـ٤ ص١٥٩ .
بجامع الاستتار وعدم العلم بالقدر في كل من الاصل وهو الجنين اذا اسقط والفرع وهو اللبن اذا حلب من المصراة .

(٥٠) أي في العادة .

(٥١) في نسخة ((ب)) : فجاز ذلك فيه . / أي فكان قولهم ان رد الشاة مع صاع من تمر اذا اشتريت بصاع تمر ، يؤدي الى الربا منقوض بان الربا يجري في العقود ، وما نحن فيه فسخ ، وليس بعقد .

(٥٢) في نسخة ((ب)) : ولهذا أيضا . / أي ويدل على أن الربا يحرم في العقود دون الفسوخ .

(٥٣) في نسخة ((ب)) : ولو تقابلا . / والمقصود بالتقايل أن يرد كل منهما على صاحبه بيعته ، أي أن يتفاسخا عقدهما .

(٥٤) أي فصح ان أحكام الفسوخ غير أحكام العقود .

(٥٥) أي فعل التصرية .

به الثمن فأشبه اذا باع جارية قد سود شعرها ، ثم نصل الخضاب (٥٦) (٥٧) ولأنه غـره (٥٨) بتدليس مادة مقصود بعقد مغابنة (٥٩) فثبت به الرد ، كما لو حبس ماء الطاحونة ، فأدار به الرحى ، واكراه (٦٠) ثم انقطع. (٦١)

---

(٥٦) فى المختار ص ٦٦٣ : ونصل الشعر زال عنه الخضاب. أهـ .

(٥٧) حيث يجوز للمشترى ردها على البائع. بجامع التدليس بما يختلف به الثمن فى كل من الاصل وهو مالو باع جارية قد سود شعرها ثم زال عنه الخضاب ، والفرع وهو مالو صرى شاة ثم زالت عنها التصرية. ولما كان حكم الاصل جواز ردها لظهور العيب فيهما كان حكم الفرع كذلك .

(٥٨) فى نسخة ((ب)) : ولانه غرّ . / أى أوقعه فى الغرر والغبن ببيعه معيبا بغير سعره .

(٥٩) أى معاوضة ، احترازا عن عقود التبرع كالهبة ونحوها حيث لا يؤثر فيهما الغبن .

(٦٠) أى آجره لشخص . ففى المصباح جـ٢ ص١٩٢ : الكراء بالمد الاجرة وهو مصدر فى الاصل من كاريته من باب قاتل ، والفاعل مكار على النقص. . . واكريته الدار وغيرها اكراء فاكتراه ، بمعنى آجرته فاستاجر. أهـ .

(٦١) أى الماء ، أى عن الرحى ، حيث يثبت للمكترى حق الفسخ . والجامع فى القياس المذكور هو التدليس فى مادة مقصودة بعقد مغابنة فى كل من الاصل وهو مالو حبس ماء الطاحونة فادار به الرحى واكراه ثم انقطع والفرع وهو مالو صرى شاة وباعها ثم انقطع اللبن . ولما كان حكم الاصل ثبوت الرد فيه بسبب الغبن والتدليس كان حكم الفرع كذلك فترد المصراة لصاحبها أيضا لذلك .

قالوا : نقصان (٦٢) اللبن ليس بعيب ، بدليل انه لا يثبت به الخيار من غير تدليس ، فلا يثبت به الخيار من غير شرط (٦٣) كالتصرية في الجارية (٦٤)، وكما لو سود يد الغلام (٦٥) فظن انه كاتب أو علف الشاة فاعتقد انها حامل (٦٦).

قلنا : التدليس بالتصرية كشرط الكتابة من جهة العرف (٦٧)، والتصرية

---

(٦٢) في نسخة ((ب)) : يقطن . / وهو تحريف .

(٦٣) في نسخة ((ب)) : من غير شرطه .

(٦٤) حيث لا يثبت للمشتري به خيار العيب.
بجامع عدم ثبوت الخيار فيه من غير تدليس في كل من الاصل وهو التصرية في الجارية والفرع وهو التصرية في الشاة . ولما كان حكم الاصل عدم ثبوت الخيار اذا لم يشترط المشتري في الجارية أن تكون ذات لبن ، كان حكم الفرع كذلك فلا يثبت الخيار لمشتري المصراة اذا لم يكن اشترطها ذات لبن أيضا لذلك .

(٦٥) أي بالمداد .

(٦٦) حيث لا يثبت به الخيار للمشتري .
بجامع عدم ثبوت الخيار فيه من غير تدليس ، في كل من الاصل وهو مالو سود يد الغلام لا بقصد التدليس أو علف الشاة لا بقصد الايهام انها حامل ، والفرع وهو مالو صرى الشاة بقصد التدليس بها على المشتري ، ولما كان حكم الاصل عدم ثبوت الخيار في الغلام والشاة اذا لم يشترط المشتري كون الغلام كاتبا والشاة حاملا ، كان حكم الفرع كذلك فلا يثبت للمشتري الخيار في المصراة اذا لم يشترط كونها ذات لبن أيضا لذلك .

(٦٧) أي ينزل منزلتها عرفا . فترد المصراة به كما لو شرطها ذات لبن أو شرط العبد كاتبا فبان بخلاف ذلك فيهما .

فى الجارية لا نسلم فى أحد الوجهين (٦٨)، ثم اللبن فى الجارية ليس بمقصود فى الغالب ، وهو مقصود فى الشاة والابل (٦٩)، فجاز أن يختلفا ، ولهذا يثبت الخيار بقطع الرجل فى الاجارة ، ولا يثبت بقطع الأذن (٧٠)، ويثبت الخيار عندهم فى بخر الجارية (٧١)، ولا يثبت فى بخر العبد (٧٢)، واما تسويد يد الغلام وعلف الشاة فليس بتدليس لانه قد تسود يده بخدمة الدواة وحملها . والشاة تعلف فتمتلئ خواصرها ولا يترك (٧٣) لبن يومين فى الضرع فتحقق التدليس بذلك .

---

(٦٨) والوجهان المشار اليهما هما اختصاص حكم المصراة بالانعام فقط الابل والبقر والغنم ، والوجه الثانى وهو الاصح ان ذلك يعم النعم وغيرها فيرد معها بدل اللبن . كالارانب وبنات عرس . والجارية المصراة أنظر شرح المحلى جـ٢ ص٢١٠ .

(٦٩) أى فلا يصح ان تقاس الشاة المصراة على الجارية المصراة فى عدم ردها بالتصرية . لثبوت الفارق المذكور بينهما .

(٧٠) لان رجل الحيوان مقصودة فى اجارته اذ لا يمكنه السير بسهولة بدونها ولا كذلك الاذن . فلا يفوت المقصود من الاجارة بقطع الاذن ويفوت بقطع الرجل .

(٧١) فى المختار ص٤٢ : البخر بفتحتين نتن الفم . وبابه طرب فهو أبخر . أهـ ويوصف الرجل اذا كان نتن الفم بالابخر والانثى بخراء ، والجمع بخر ، مثل أحمر وحمراء وحمر . أنظر المصباح جـ١ ص٤٣ .
وانما ثبت الخيار بالبخر فى الجارية لانها تقصد للوطئ ، وذلك فيها مقصود .

(٧٢) أنظر الهداية جـ٦ ص٧ وانما لم يثبت فيه الخيار [لانه يقصد] بقصد للاستخدام وذاك لا يعيبه فيه .

(٧٣) فى الاصل : فلايترك ./ والمقام ليس مقام تفريع على ماقبلها ، فكان مافى نسخة ((ب)) أولى لأن المراد به الاخبار على جهة المعارضة .

قالوا : ولان اللبن غير مستكمن[(٧٤)] فى الحيوان من أصل الخلقة ، فلم يقابل ببدل ، كالحمل ،[(٧٥)] ولانه لا يجوز افراده بالعقد ، فهو كشحم البطن .[(٧٦)]

قلنا : الحمل يقابله جزء من الثمن فى أحد القولين ،[(٧٧)] ثم الحمل لا يمكن أخذه من الحيوان[(٧٨)] واللبن يمكن أخذه ، فهو[(٧٩)] كأجزاء المبيع.[(٨٠)]

---

(٧٤) فى الاصل : (عين مستكنة) .

(٧٥) حيث لا يقابل بثمن فى البيع. لانه مجهول وانما يدخل فى بيع الأُم على جهة التبع.
بجامع عدم الاستكمان فى الحيوان من أصل الخلقة فى كل من الاصل وهو الحمل والفرع وهو اللبن . ولما كان حكم الاصل هو أن لا يقابل بالبدل كان حكم الفرع كذلك فلا يقابل اللبن المحلوب من المصراة بالبدل وهو الصاع من تمر .

(٧٦) حيث لا يقابل ببدل فى الشاة ، لان الثمن منقسم على جميع اجزائها موما فليس لكل جزء منها ثمن معين بجامع عدم الافراد بالعقد فى كل من الاصل وهو شحم البطن حالة كونه قائما فى المبيع ، والفرع وهو اللبن حالة كونه فى الضرع .
ولما كان حكم الاصل عدم مقابلته ببدل ، كان حكم الفرع كذلك فلا يقابل اللبن المحلوب من المصراة ببدل أيضا لذلك .

(٧٧) أنظر المجموع جـ٩ ص٢٠٢ وقد نص على أن له قسطا من الثمن فى الاصح .
وأنظر القولين فى شرح الوجيز جـ٨ ص٤٢٨ ، والمقصود انه لا يصح قياس لبن المصراة على حمل الشاة ، للفارق بينهما وهو أن الحمل يقابله قسط من الثمن ولا كذلك اللبن فى الشاة .

(٧٨) أى متى شاء الآخذ . أى ولذلك لم يقابل بالبدل ، أى على القول بأنه لا يقابل بالبدل .

(٧٩) أى الحمل .

(٨٠) حيث لا تقابل بقسطها من ثمنه .
بجامع عدم امكان أخذه من الحيوان فى كل من الاصل وهو أجزاء الحيوان المبيع والفرع وهو الحمل فيه .
ولما كان حكم الاصل عدم مقابلته بقسطه من الثمن . كان حكم الفرع كذلك فلا يقابل

والثاني (٨١) باطل بأطراف الجذوع وأساس الحيطان (٨٢) .

* مسألة (٣٩) : النماء لا يمنع من الرد بالعيب ، كالولد واللبن والسمن (١) .

/ ١٣٨ ى .

وقال أبو حنيفة : يمنع (٢) .

---

(٨١) أى قياسهم الثاني وهو قياس لبن المصراة قبل حلبه على شحم البطن في عدم جواز افراده بالبيع .

(٨٢) حيث لا يجوز افرادها بالبيع ، ثم تقابل بالبدل . فلم يؤثر الوصف الذى ذكروا .

(١) الوجيز جـ١ ص ١٤٥ . المنهاج ص ٤٨ .

وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى جـ٢ ص ١٧٧ . كشاف القناع جـ٣ ص ٢٠٨

المحرر جـ١ ص ٣٢٤ .

وبه يقول المالكية : القوانين ص ٢٩٢ . الشرح الصغير جـ٢ ص ٦٦ ،

الجواهر جـ٢ ص ٤٩ .

واليه ذهب أبو محمد بن حزم : المحلى جـ٩ ص ٧٣٦ .

(٢) ومحل المنع عنده اذا كانت الزيادة منفصلة متولدة من المبيع كاللبن والولد والثمرة ، والا بان كانت متصلة فسواء كانت متولدة منه كالسمن والجمال أو غير متولدة منه كما لو صبغ المشترى الثوب فزادت بذلك قيمته ، أو كانت الزيادة منفصلة غير متولدة من المبيع كالاكتساب فان هذه الزيادة لا تمنع من الرد بالعيب في هذه الصور قبل القبض وبعده بخلاف الزيادة المنفصلة المتولدة من المبيع فانها تمنع الرد بالعيب بعد القبض لا قبله .

أنظر التبيين جـ٤ ص ٣٥ . الكفاية على الهداية جـ٦ ص ١٣ . مجمع الانهر جـ٢ ص ٤٥ .

لنـا : انه نماء حادث في ملك المشتري ، فلا يمنع الرد بالعيب ، كالولد الحادث في يد البائع[٣] ، ولانه نماء[٤] يجوز الرد بالعيب مع هلاكه ، فجاز مع بقائه كالكسب[٥] ، ولانه عقد لا يمنع الكسب من فسخه ، فلا يمنع الولد ، كالهبة[٦].

---

(٣) أي في مدة حبسه المبيع لاقتضاء الثمن ، حيث لا يمنع ذلك من الرد بالعيب. بجامع أنه نماء حادث في ملك المشتري ، في كل من الاصل وهو الولد الحادث في يد البائع ، والفرع وهو الولد واللبن والسمن الحادث في ملك المشتري .

ولما كان حكم الاصل عدم المنع من الرد بالعيب فيه ، كان حكم الفرع كذلك فلا يمنع النماء الحادث في ملك المشتري منه أيضا لذلك .

(٤) سقط لفظ (نماء) من نسخة ((ب)) .

(٥) كما لو اشترى عبدا فاستكسبه ثم ظهر على عيب فيه ، حيث يجوز له رده به وابقاء كسبه للمشتري .

بجامع أنه نماء يجوز الرد بالعيب مع هلاكه في كل من الاصل وهو الكسب والفرع وهو اللبن والولد والسمن . ولما كان حكم الاصل جواز رد المبيع مع بقاء كسبه كان حكم الفرع كذلك فيجوز رد المبيع مع بقاء نمائه عند المشتري من لبن وولد وسمن أيضا لذلك .

(٦) حيث لا يمنع حدوث ولد من الموهوب من الرجوع بالهبة . أنظر المنهاج ص ٨٢ .

بجامع أن كلا عقد لا يمنع الكسب من فسخه ، اما الأصل فهو الهبة ، واما الفرع فهو بيع ماله نماء . ولما كان حكم الاصل عدم منع حدوث الولد في الهبة من فسخها كان حكم الفرع كذلك فلا يمنع النماء فسخ البيع ورد المبيع أيضا لذلك .

قالوا : الولد موجب بالعقد ، بدليل انه اذا أولدها المشترى ثم استحقت فغرم قيمة الولد ، رجع بها (٧) على الغار ، فلم يجز فسخ العقد فى الأصل (٨) دونه (٩) كالملك والتسليم (١٠) والسمن (١١) .

قلنا : لا نسلم ، لانه لو كان موجبا به ، (١٢) لوجب اذا لم يوجد الولد أن ينفسخ العقد أو يثبت له الفسخ ، كالملك والتسليم (١٣) ، وانما رجع بالقيمة (١٤) لانه ضمن له (١٥) سلامة ما يحدث ، كالمغرور بالحرية فى

---

(٧) أى بقيمة الولد .

(٨) وهو الام هنا .

(٩) أى الولد .

(١٠) أى تسليم المبيع للمشترى .

(١١) حيث لا يجوز فسخ العقد فى البيع دون فسخه فى الملك والتسليم والسمن . بجامع الا يجاب بالعقد فى كل من الاصل وهو الملك والتسليم والسمن والفرع وهو نماء المبيع وهو اللبن والولد .

ولما كان حكم الاصل عدم جواز فسخ العقد فى البيع دون الملك والتسليم والسمن ، كان حكم الفرع كذلك فلا يجوز فسخ العقد بدون النماء أيضا لذلك .

(١٢) أى لو كان النماء موجبا بالعقد .

(١٣) حيث يثبت الفسخ اذا لم يكن المبيع ملكا للبائع ، أو لم يسلم البائع السلعة الى المشترى .

(١٤) أى قيمة الجارية المبيعة اذا استولدها المشترى ثم بانت مستحقة . حيث يغرم المشترى قيمة الولد ويرجع بها على الغار .

(١٥) أى لان الغار ضمن للمشترى .

النكاح[(١٦)] يرجع بقيمة الولد[(١٧)]، وان لم يكن موجبا له[(١٨)] وكما لو غصب طعاما واطعمه انسانا ، فغرم رجع به على الغار ، لاجل الغرور ، والدليل عليه[(١٩)] أنه لو كان موجبا بالعقد لرجع[(٢٠)] بالثمن مقسطا على الولد والام ، ولانه يجوز أن يرتفع العقد ويبقى موجبه ، كالنكاح ، يرتفع[(٢١)] ويبقى تحريم ام المرأة[(٢٢)].

قالوا : مال حصل بسبب رقبة[(٢٣)] المبيع ، فلا يسلم له[(٢٤)] من غير بدل مع رد المبيع[(٢٥)]، كالسمن ولبن المصراة ، اذا وجد بها عيبا وأرش الجناية[(٢٦)].

---

(١٦) بان تزوجها على أنها حرة فبانت امة ، فانه يغرم قيمة الولد لسيدها لانه فوته عليه بانعقاده حرا ، ويرجع المغرور على الغار بتلك القيمة.

(١٧) أى على من غره بحريتها .

(١٨) أى وإن لم يكن عقد النكاح موجبا على المغرور الرجوع بالقيمة على الغار.

(١٩) أى على أن النماء غير موجب بالعقد .

(٢٠) أى المشترى .

(٢١) بالطلاق أو الفسخ .

(٢٢) لانها بدخول الزوج على ابنتها اصبحت من المحرمات المؤبدة عليه .

(٢٣) أى بسبب امتلاك رقبة المبيع.

(٢٤) أى للمشترى .

(٢٥) فى نسخة ((ب)) : مع رد النبيع.

(٢٦) حيث لا تسلم المذكورات للمشترى من غير بدل .
بجامع أنه مال حصل بسبب امتلاك رقبة المبيع فى كل من الاصل وهو السمن ولبن المصراة اذا وجد بها عيبا وارش الجناية ، والفرع وهو ولد المبيع. ولما كان حكم الاصل عدم استحقاق المشترى للمذكورات بدون بدل ، كان حكم الفرع كذلك فلا يسلم النماء للمشترى بدون بدل أيضا لذلك .

قلـــنا : يبطل بالكسب (٢٧) وبالشقص (٢٨) الذى أخذ بشفعة المبيع، (٢٩) والسمن (٣٠) لا يمكن افراده عن العين ، ولهذا لا يجوز فسخ الهبة فى الاصل دونـــــه، (٣١) والولد يمكن افراده (٣٢)، فهو كالكسب (٣٣)، ولبن المصراة كان موجودا حال العقـد ، فلم يخل من بدل ، والولد حدث بعد العقد (٣٤)، والجناية تنقص العـــــــين

---

(٢٧) فى نسخة ((ب)) : يبطل بالكسب اذا اغتل . / والمراد ان قولهـــم يبطل بكسب العبد المبيع فان كسبه مال حصل بسبب امتلاك المشـــترى رقبة العبد ثم يسلم كسبه للمشترى من غير بدل مع رد العبد .

(٢٨) بكسر فسكون وهو القطعة من الارض والطائفة من الشئ . أنظر المختصـار ص ٣٤٣ .

(٢٩) اى فانه مال اكتسبه الشفيع بسبب البيع، ثم يبقى للشفيع حق الشفعة وان رد المشترى المبيع بالعيب .

(٣٠) أى نسخة ((ب)) : ولان السمن .

(٣١) أى دون السمن . كما لو اهداه شاة فسمنت ثم فسخ الهبة .

(٣٢) أى عن الام فيمكن فسخ البيع فى الام دونه ، فلا يصح قياسه على السـمن للفارق المذكور .

(٣٣) حيث يجوز لمشترى العبد رده دون كسبه بالعيب. بجامع امكان افراده عن العين فى كل من الاصل وهو الكسب اعنى كسـب العبد والفرع وهو ولد الامة المبيعة. ولما كان حكم الاصل هو صحة رد العبد المعيب ويبقى كسبه للمشترى ، كان حكم الفرع كذلك فيجوز رد الامة المعيبة ويبقى ولدها للمشترى أيضا لذلك .

(٣٤) أى فجاز أن يخلو عن بدل ، بان ترد امه بالعيب دونه. أى فلا يصح قياس ولد الامة على لـبن المصراة للفارق بينهما اذ اللـبن فى المصراة كائن حال العقد ، بخلاف ولد الامة فانما ولد بعد العقد فـى ملك المشترى .

فمنعت الرد (٣٥)، ولهذا لو لم يحصل له ارش (٣٦) لم يجز الرد أيضا (٣٧).

قالوا : الولد كالعضو (٣٨)، بدليل انه يدخل فى البيع والعتق (٣٩)، ثم لا يرده (٤٠) بعد انفصال العضو (٤١)، فكذلك بعد انفصال الولد (٤٢).

قلنا : ليس كالعضو، الا ترى انه ينفرد عنه فى الملك والعتق والضمان والذكاة (٤٣)

---

(٣٥) أى ولا كذلك الولادة فانها لا تنقص الامة. فكان قياس ولادة الامة على الجناية عليها قياسا مع الفارق.

(٣٦) أى للجرح فى الجناية.

(٣٧) لانها لم تنقص بتلك الجناية قيمة الامة، فلا تكون تلك الجناية عيبا، موجبا للرد.

أى وبثبوت هذا الفارق بين الاصل والفرع يبطل قياسهم المذكور.

(٣٨) أى فى المنع من رد المبيع بانفصال الولد أو العضو عند المشترى.

(٣٩) أى فى بيع الام أو عتقها.

(٤٠) أى المشترى.

(٤١) للنقص الذى طرأ عليه به عند المشترى، لما فى رده على البائع وهو كذلك من غبن له.

(٤٢) أى فيجب ان لا يرد المبيع بعده أيضا.

بجامع ان كلا جزء من الحيوان المبيع، اما الاصل فهو العضو من الحيوان واما الفرع فهو الولد.

ولما كان حكم الاصل عدم جواز رد الحيوان بعد قطع عضو منه عند المشترى، كان حكم الفرع كذلك فلا يجوز رد الحيوان اذا ولد عند المشترى أيضا لذلك.

(٤٣) فى نسخة ((ب)) : والزكاة ./ بالزاى المعجمة، وهو تحريف . والصواب بالذال كما فى الأصل.

عندهم.[٤٤] ثم انفصال العضو ينقص المبيع ، وانفصال الولد لا ينقص،[٤٥] ولهـــذا يثبت الخيار بانفصال العضو دون الولد .

قالوا : الرد بالعيب فسخ للعقد من أصله ، فيؤدي الى أن يأخذ[٤٦] الولـــد من ملك البائع من غير عوض وهذا ربا[٤٧] واكل مال بالباطل .

قلنا : بل هو فسخ من وقته،[٤٨] ولهذا لا يسقط حق الشفيع بالرد،[٤٩] ولأنـــه لو كان[٥٠] كذلك لوجب[٥١] أن يرده مع الكسب،[٥٢] ولوجب أن لا يجوز فسخ الهبـــة بعد الولادة،[٥٣] لأنه يأخذ الولد من ملك الواهب من غير رضاه،[٥٤] ولوجـــب

---

(٤٤) أنظر التبيين جـ ٥ ص ٢٩٣ .

(٤٥) أي وبه فارق الاصل الفرع في قياسهم ، ولا قياس مع الفارق .

(٤٦) أي المشتري .

(٤٧) أي أخذ المال بلا عوض يقابله في عقد معاوضة .

(٤٨) أي من وقت الوقوف على العيب في المبيع ، لا من أصله .

(٤٩) أي برد المشتري الشقص المبيع ، لان الشفعة ثبتت له بأصل العقـــد ، فلو كان الرد بالعيب فسخا للعقد من أصله لبطل حق الشفيع فـــي الشفعة .

(٥٠) سقط حرف (لو) من الأصل . وما أثبتناه من نسخة ((ب)) .

(٥١) أي لو كان الرد بالعيب فسخا للعقد من أصله .

(٥٢) أي والحال انه لا يجب رد المبيع مع كسبه .

(٥٣) زاد في نسخة ((ب)) : ففي اذا لم يقبض الموهوب فرجع الواهب توجـــه أوجب الفسخ لانه . . الخ . / والعبارة كما ترى غير واضحة ، ويستقيم الكـــلام بدونها .

(٥٤) أي والحال انه يجوز ، فدل على أن العقد ينفسخ من وقت العلم بالعيـــب لا من أصله .

أن لا يجوز بعد[55] هلاك الولد لانه يهلك ولد جارية الغير[56] في يده من غير بدل[57].

* مسألة (٤٠) : وطء[1] الثيب[2] لا يمنع من الرد بالعيب[3]. / ١٣٨ ش.

---

(٥٥) أي الفسخ .

(٥٦) وانما كانت هنا جارية للغير بناء على قولهم ان العقد ينفسخ من أصله عند اكتشاف العيب . واذا صح لهم ان العقد كذلك فان الولد يكون في حوزته ، من غير ملك مشروع ، لان الجارية ليست ملكا له لانفساخ العقد فيها .

(٥٧) أي والحال انه يجوز رد الام بعد موت ولدها . فدل على أن النماء لا يمنع من الرد ، وان العقد في الرد بالعيب لا ينفسخ من أصله ، بل من وقت العلم بالعيب .

(١) في الأصل ونسخة ((ب)) : وطئ .

(٢) في المختار ص ٨٩ : ورجل ثيب وامرأة ثيب ، قال ابن السكيت : وهو الذي دخل بامرأة وهي التي دخل - بالبناء للمجهول - بها ، تقول منه : تثيبت المرأة بفتح التاء تثييبا . أهـ
وفي المصباح جـ١ ص٩٦ : وقيل للانسان اذا تزوج : ثيب ، وهو فيعل : اسم فاعل من ثاب ، واطلاقه على المرأة اكثر ، لانها ترجع الى أهلها بوجه غير الأول ، ويستوي في الثيب الذكر والانثى كما يقال ايم وبكر للذكر والانثى . أهـ

(٣) المختصر ص٨٣ . الام جـ٣ ص٦٨ . المنهاج ص٤٨ .
وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى جـ٢ ص١٧٧ . كشاف القناع جـ٣ ص٢٠٨ .
وذكر في المغني جـ٤ ص١١٠ رواية أخرى كقول أبي حنيفة انه يمنع الرد وعنه رواية ثالثة ان عليه مهر مثلها .
وقسم المالكية العيب الحادث عند المشتري في البيع الى ثلاثة أقسام : عيب ليس فيه شئ وهو اليسير جدا ، وعيب فيه القيمة وهو العيب المتوسط ، وعيب يوجب رد المبيع وهو الفاحش ، ووطء الثيب من قبيل الأول وهو اليسير جدا . ومثال الثاني افتضاض الامة البكر ومثال الثالث كل عيب =

وقال أبو حنيفة : يمنع.(٤)

لنا : هو انه انتفاع مجرد عن نقص،(٥) فأشبه الاستخدام،(٦) أو طؤ من غير اتلاف فأشبه وطء الزوج(٧) .

= فوت مقصودا فى المبيع كعمى وعور وعرج وشلل فيه .
أنظر الجواهر جـ٢ ص٤٦ . القوانين ص ٢٩٣ . شرح المنح جـ٢ ص٦٦٢ .
المنتقى جـ٤ ص١٩٣ .
وبقول الشافعية يقول أبو محمد بن حزم أيضا : المحلى جـ٩ ص٧٣٢ رقم / ١٥٨٥ .

(٤) أى من الرد وانما يرجع المشترى بنقصان ذلك على البائع . الا أن يرضى البائع بالرد مع العيب الحادث .
الهداية جـ٥ ص ٥٠٧ وجـ٦ ص١١ . التبيين جـ٤ ص٣٤ . مجمع الأنهر جـ٢ ص٤٥ .

(٥) أى لم ينشأ عنه نقص فى المبيع.

(٦) حيث لا يمنع الرد بالعيب .
بجامع الانتفاع مجردا عن النقص فى المبيع فى كل من الاصل وهو مالو استخدم الامة المبيعة ثم ردها بعيب قديم عند البائع ، والفرع وهو مالو وطئ الامة الثيب ثم ظهر منها على عيب قديم قبل عقد البيع.
ولما كان حكم الاصل عدم امتناع الرد به ، كان حكم الفرع كذلك فلا يمتنع الرد بوطئ الثيب أيضا لذلك .

(٧) حيث لا يمتنع به رد الزوجة اذا ظهر على عيب فيها سابق للعقد .
بجامع ان كلا وطؤ من غير اتلاف للبكارة فيه ، اما الاصل فهو مالو وطئ الزوج زوجته والفرع وهو مالو وطئ المشترى امته المبيعة اذا كانت ثيبا .
ولما كان حكم الاصل عدم امتناع الرد به ،كان حكم الفرع كذلك فلا يمتنع الرد بوطئ المشترى امته المبيعة اذا وجد بها عيبا قديما أيضا لذلك .

قالوا : روى عن عمر[٨] أنه قال يردها ، ويرد معها عشر ثمنها ان كانت بكرا ونصف عشر ثمنها ان كانت ثيبا[٩]، وقال فى الجناية يردها ، ويرد[١٠] أرش الجناية وعن على[١١] انه لا يردها[١٢]، فأجمعوا على اثبات حكم الوطئ فلا يجوز اسقاطه .

---

(٨) هو عمر بن الخطاب بن نفيل بن عبد العزى العدوى ، أبو حفص ، ثانى الخلفاء الراشدين وأحد فقهاء الصحابة ، والعشرة المبشرين بالجنة ، وهو أول من سمى بأمير المؤمنين ، ولى الخلافة بعد أبى بكر وفتح عدة أمصار ، كان قد اسلم بعد أربعين رجلا ، وشهد بدرا والمشاهد ، جعل الله الحق على لسانه وقلبه استشهد على يد أبى لؤلؤة المجوسى /٢٣. أنظر الخلاصة ص٢٨٢ .

وقد اختصه الله تعالى بالمهابة والصول ، وكان ملهما ، قال رضى الله عنه وافقت ربى عز وجل فى ثلاث: فى مقام ابراهيم وفى الحجاب وفى اسارى بدر ، وفى شأن الاسارى قال له النبى صلى الله عليه وسلم : كاد يصيبنا فى خلافك شر .

وهو الى جانب ذلك كله زاهد ورع رضى الله عنه وأرضاه .

أنظر الحلية جـ١ ص٣٨ .

(٩) رواه البيهقى جـ٥ ص٣٢٢ باب ماجاء فيمن اشترى جارية فاصابها ثم وجد بها عيبا ،

ثم قال البيهقى : هذا مرسل ، عامر لم يدرك عمر ، قال الشافعى رضى الله عنه : لا نعلمه يثبت عن عمر ولا على ولا واحد منهما وكذلك قال بعض من حضره وحضر من يناظره فى ذلك من أهل الحديث ان ذلك لا يثبت. أهـ

(١٠) فى نسخة ((ب)) : ويرد معها .

(١١) هو على بن أبى طالب عبد مناف بن عبد المطلب بن هاشم . أبو الحسن ، ابن عم النبى صلى الله عليه وسلم وختنه على ابنته فاطمة . رابع الخلفاء الراشدين وهو أول من أسلم من الصبيان ، قال أبو جعفر: كان شديد الادمة ربعة الى القصر أقرب . شهد بدرا والمشاهد كلها ، قال له النبى صلى الله عليه وسلم : انت منى بمنزلة هارون من موسى . عناه النبى يوم خيبر بقوله : لاعطين الراية رجلا يحب الله ورسوله ويحبه الله ورسوله ، كان وثيق العبارة دقيق الاشارة زاهدا شجاعا استشهد سنة . ٤هـ أنظر الخلاصة ص٢٧ . الحلية جـ١ ص٦١ .

(١٢) رواه عنه عبد الرزاق فى مصنفه ، جـ٨ ص١٥٢ رقم / ١٤٦٨٥ ولفظه : عبد الرزاق =

قلـــنا : لم يذكر أهل الخلاف الا قول على (١٣) أنه لا يردها (١٤)، وماقالوا عـــن عمر فهو عن شريح فى الوطئ خاصة، (١٥) ثم هو قول اثنين، (١٦) ولا نـــــــــــــه

= عن الثورى عن جعفربن محمد عن أبيه عن على بن الحسين عن على رضى الله عنهما كان يقول فى الجارية يقع عليها المشترى ثم يجد بها عيبا قال : هى ـــن مال المشترى ويرد البائع مابين الصحة والداء .أهـ.
ورواه البيهقى جـ٥ ص٣٢٢ ثم قال : وكذلك رواه سفيان الثورى وحفص بـــن غياث عن جعفر بن محمد وهو مرسل ،على بن الحسين لم يدرك جده عليـــا ، وقد روى عن مسلم بن خالد عن جعفر عن أبيه عن جده عن حسين بن علـــى عن على ، وليس بمحفوظ .أهـ
لكن صاحب الجوهر النقى عقب على ذلك فقال : قلت : قد جاء عن على بسند جيد روى أبو حنيفة فى مسنده عن الهيثم هو ابن حبيب الصيرفى عـــن الشعبى عن على ـ فذكره ثم قال : والهيثم ذكره ابن حبان فى الثقات من اتباع التابعين .أهـ

(١٣) فى نسخة ((ب)) : الا قول على عليه السلام .

(١٤) سقط هاء التأنيث من لفظ (يردها) فى نسخة ((ب)) .

(١٥) أى دون ماذكر عن عمر فى الجناية على الامة .
ذكره عنه عبد الرزاق فى مصنفه جـ٨ ص١٥٣ باب الذى يشترى الامة فيقع عليها . رقم/ ١٤٦٩١ .وسنده : أخبرنا عبد الرزاق عن الثورى عن أشعث عـــن الشعبى عن شريح قال : ان كانت بكرا فالعشر وان كانت ثيبا فنصف العشر .اهـ
واما شريح فهو بن الحارث الكندى ،أبو أمية القاضى . كان من حاله التسليم والتراضى ،والقيام على نفسه بالمحاسبة والتقاضى ،قال فيه على بن أبى طالب: انه أقضى العرب.
مر شريح بقوم وهم يلعبون فقال : مالكم؟ قالوا : فرغنا ياأبا أمية. قال : مابهذا امر الفارغ.
وقيل له : باى شئ اصبت هذا العلم ؟ قال : بمقاومة العلماء آخذ منهـــم واعطيهم . أنظر الحلية جـ٤ ص١٣٢ .
توفى سنة ثمانين على الاصح ،عن مائة وعشر سنين ،وقيل عشرين سنة. أنظـــر الخلاصة ص١٦٥ .

(١٦) فى نسخة ((ب)) : ثم هو قول أنس. / والصواب مافى الاصل لان المقـــام =

روى عن[17] زيد[18] مثل قولنا .

قالوا : وطؤ لم يستحق بسبب سابق[19] ، فأشبه وطء البكر.[20]

قلنا : وطؤ البكر لو استحق بسبب سابق لمنع أيضا[21] وهو وطؤ الزوج ، فلم

= ليس مقام تأييد لادلة الخصم . بل المقصود هنا تقليل الاعتماد على دليلهم لانه مروى عن اثنين فقط من الصحابة هما عمر وعلى .

ولم يذكر ابن قدامة فى المغنى جـ٤ ص١١ قولا لأنس فى هذه المسألة .

(١٧) سقط حرف (عن) من نسخة ((ب)) .

(١٨) هو زيد بن ثابت الضحاك بن زيد بن لوذان بمعجمة البخارى كاتب الوحى ، وأحد نجباء الانصار ، شهد بيعة الرضوان قرأ على النبى صلى الله عليه وسلم وجمع القرآن فى عهد الصديق أبى بكر ، وولى قسم غنائم اليرموك ، له اثنان وتسعون حديثا ، ولما مات سنة خمس وأربعين وقيل ثمان وقيل احدى وخمسين قال أبو هريرة : مات خير الأمة .

روى له أصحاب الكتب الستة . أنظر الخلاصة ص١٢٧ .

والدليل على أنه هو المقصود للمصنف انه ذكره ابن قدامة فى هذه المسألة أنظر المغنى جـ٤ ص١١٠ .

(١٩) أى على عقد البيع .

(٢٠) حيث يمتنع رد البكر بعد وطئها اذا اطلع على عيب فيها سابق للعقد . بجامع انه وطء لم يستحق بسبب سابق فى كل من الاصل وهو مالو وطئ البكر ثم ظهر فيها على عيب سابق والفرع وهو مالو وطئ الثيب ثم ظهر منها على عيب قديم قبل عقد البيع .

ولما كان حكم الاصل منع الرد فيه بالعيب ، كان حكم الفرع كذلك فيمنع رد الثيب بالعيب السابق اذا وطئها أيضا لذلك .

(٢١) أى من الرد بالعيب السابق على عقد البيع .

يؤثر الوصف (٢٢) ثم في الاصل زوال البكارة هو المانع (٢٣)، ولهذا لو زال بخشبة أو غيرها منع (٢٤).

قالوا : الوطؤ بمنزلة ذهاب جزء (٢٥)، ولهذا جعلته الصحابة كالجناية (٢٦)، ولهذا لا يملكه (٢٧) الكافر على المسلمة (٢٨)، وبوطئ واحد يجب جميع البدل، ولهذا

---

(٢٢) اى الذى جعلوه علة فى قياس وطئ الامة الثيب على وطئ الامة البكر وهو كونه وطأ لم يستحق بسبب سابق فى الثيب، لان البكر لو وطئت بسبب سابق على العقد بان كانت مزوجة غير مدخول بها قبل البيع ثم وطئها زوجها فى ملك المشترى . لمنع الرد أيضا .

(٢٣) أى من رد البكر بعيب سابق على عقد البيع، لان زوال البكارة تصير به ثيبا، وهو عيب طارئ ، فيمتنع به الرد بالعيب القديم .

(٢٤) أى فصح ان الاعتبار لزوال البكارة لانه يؤثر فى قيمة الامة وليس للجماع لان زوال البكارة بغير الجماع تمنع رد الامة أيضا .

(٢٥) أى من المبيع، وهو الجارية هنا .

(٢٦) أى على المبيع ويعنى بالصحابة عمر وعلى رضى الله عنهما .

(٢٧) أى الوطؤ .

(٢٨) لقوله تعالى (ياأيها الذين آمنوا اذا جاءكم المؤمنات مهاجرات فامتحنوهن الله أعلم بايمانهن ، فان علمتوهن مؤمنات فلا ترجعوهن الى الكفار لا هن حل لهم ولا هم يحلون لهن . . .الآية) الممتحنة آية / ١٠ .
ولما فى ذلك من استعلاء الكفر على الاسلام . وقد قال تعالى : (ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا) سورة النساء آية / ١٤١ .

يمنع من الرد بخيار الشرط(٢٩)، بخلاف المنافع(٣٠)، ثم ذهاب العضو يمنع(٣١)، فكذلك الوطؤ(٣٢).

قلنا : بل هو كالخدمة(٣٣)، بدليل انه لا يضمنه(٣٤) الغاصب عندهم(٣٥)، ولا يجب بيانه في المرابحة(٣٦)، واذا وطئها(٣٧) قبل التسليم لم يسقط

---

(٢٩) أى فيما لو باعه الامة بشرط الخيار فوطئها المشترى ولو مرة، بطل رد المبيع لانه عيب يدخل به النقص على المبيع، فلا يعاد الى البائع معيبا ويلزم المشترى جميع الثمن .

(٣٠) حيث لا ينقص ذلك من المبيع شيئا ، فيجوز رد المعيب دون اكسابه لذلك .

(٣١) أى من رد المبيع.

(٣٢) يمنع من رد الامة الثيب اذا وطئها المشترى ثم اطلع على عيب قديم قبل العقد عند البائع.
بجامع ان كلا بمنزلة ذهاب جزء من المبيع، اما الاصل فقطع عضو منه واما الفرع فالوطؤ.
ولما كان حكم الاصل عدم جواز رد المبيع به، كان حكم الفرع كذلك فلا ترد الامة الثيب بعد الوطئ بالعيب أيضا لذلك .

(٣٣) أى وليس بمنزلة ذهاب جزء من المبيع. أى واستخدام المبيع لا يمنع رده بالعيب .

(٣٤) أى بدل الوطء ، فلا يجب على الغاصب اجر منافع الجارية المغصوبة .

(٣٥) لان منافع المغصوب لا تضمن بالغصب، لبقاء عين المغصوب. أنظر مجمع الانهر ج٢ ص٤٦٧ .

(٣٦) أى عندهم أيضا . أنظر المبسوط ج١٣ ص٩٥ .
أى لا يجب بيان انه وطئ الامة الثيب ، واما البكر فيجب بيان انه وطئها اذا باعها مرابحة.
والمرابحة : هي بيع ما شراه بمثل ما اشتراه به وزيادة معلومة من الربح .
وصورة ذلك : ان يشترى شيئا بمائة مثلا ، ثم يقول لمن علم ذلك الثمن : بعتك بما اشتريت وربح درهم لكل عشرة.

(٣٧) أى البائع.

من الثمن شيء،[٣٨] واذا استرجعها البائع ليحبسها بالثمن،[٣٩] عادت مضمونة بجميع الثمن[٤٠]، كما لو استخدمها،[٤١] ثم استرجعها،[٤٢] وقد تكلمنا على قول الصحابة[٤٣].
وانما لم يملك[٤٤] الكافر على المسلمة لان فيه ادخال ذل على الاسلام،[٤٥] ويجب

---

(٣٨) لانها لا زالت في ملكه فله التصرف بها . والمشتري بالخيار ان شاء أخذها بالثمن وان شاء ترك البيع.

(٣٩) أي حتى يسلم المشتري الثمن .

(٤٠) أي وان وطئها المشتري . أي فدل على أنها لم تنقص بوطئ المشتري فجاز له ردها بالعيب اذن .

(٤١) أي المشتري .

(٤٢) أي البائع ليحبسها بالثمن فانها تكون مضمونة لو تلفت بجميع الثمن . والمقصود اثبات انه لا فرق بين وطئها قبل التسليم وبين استرجاع البائع الامة ليحبسها بالثمن وبين استخدامها ثم استرجاعها من المشتري ، فان الواجب في جميع ذلك ضمانها بالثمن دون نقص، فصح ان الوطء ليس بمنزلة ذهاب جزء من المبيع كما زعموا .

(٤٣) أي من انه لم تصح نسبة ما قالوه الى عمر بل هو عن شريح وفي الوطئ خاصة وروى عن علي عدم ردها . ثم ان زيد بن ثابت قائل بخلافهما وموافق لنا .

(٤٤) أي وطء الامة المسلمة .

(٤٥) وقد قال تعالى (ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا) النساء آية/ ١٤١ .
ولأن في تملكها نوع ولاية عليها وقد نهى الله المؤمنين عن موالاة أهل الكفر في قوله تعالى (يا أيها الذين آمنوا لا تتخذوا اليهود والنصارى أولياء بعضهم أولياء بعض. ومن يتولهم منكم فانه منهم ان الله لا يهدي القوم الظالمين .) المائدة آية/ ٥١ .
ولما قد يحملها عليه من سوء الاعتقاد والافعال .

البدل بوطئ واحد . لأنه لا يمكن قسمته على الوطآت ، ولا على الزمان[٤٧]، واما خيار الشرط ففيه وجهان[٤٨]. وان سلم[٤٩] فلأن الوطء حصل مع العلم بالخيار فتضمن الرضا[٥٠]، اذ لا يجوز الوطؤ فى غير ملك ، وهاهنا[٥١] وطئ قبل العلم بالخيار[٥٢].

قالوا : الرد فسخ من أصله[٥٣]، فيؤدى الى أن يحصل الوطؤ فى ملك البائع من غير غرم ولا حد[٥٤].

---

(٤٦) فى نسخة ((ب)) : لا نه لم يمكن .

(٤٧) فى نسخة ((ب)) : ولا على الزمن . / أى زمن بقاء الامة المبيعة عنده قبل الاطلاع على العيب فيها .

(٤٨) اصحهما ان الوطء يعتبر اجازة من المشترى للبيع فلا يرد به المبيع. أنظر المنهاج ص ٤٧ .

(٤٩) ان الوطء يمنع الرد بخيار الشرط.

(٥٠) فى نسخة ((ب)) : فتضمن بالرضا . / أى فيمضى به العقد ويسقط الخيار فيه .

(٥١) أى فيمن وطئ الامة الثيب ثم وقف على عيب فيها سابق على عقد البيع.

(٥٢) لان علمه بما يوجب له الخيار - وهو الاطلاع على عيب فى الامة سابق على البيع - كان بعد الوطئ ، فلا يمنع الوطؤ هنا من الرد بالعيب لذلك بخلاف وطئ الامة فى شرط الخيار فان وطأها هنا حصل بعد علمه بالخيار فدل على رضاه بالمبيع.
فكان قياسهم خيار الرد بالعيب على خيار الشرط هنا قياسا مع الفارق .

(٥٣) أى من أصل العقد وهو القبول ، لانه بوجود العيب تبين ان المشترى لم يقبله أصلا .

(٥٤) أى والحال انه لا يجوز ذلك ، اذ الوطء فى الاسلام لا يخلو من عقر بضم فسكون أى صداق ، أو عقر بفتح فسكون أى عقوبة أو حد .
ولذلك فلا يجوز ان يرد الامة لان ذلك يؤدى الى أن يكون وطؤه بلا غرم ولا عقوبة .

قلنا : بل هو فسخ من وقته (٥٥) ، ولانه قد يخلو من (٥٦) الغرم والحد ، وهو اذا وطئها البائع قبل التسليم عندهم (٥٧) ، أو زنى حربى بمسلمة (٥٨) ، أو دعت عاقلة مجنونا الى نفسها (٥٩) ، واذا وطئها المشترى ثم استرجعها البائع، ليحبسها على الثمن فوجد (٦٠) بها عيبا فردها (٦١) .

قالوا : يؤدى الى أن يستباح الوطؤ فى ملك الغير (٦٢) .

قلنا : بل (٦٣) استباح ، وهى فى ملكه (٦٤) ، ثم لو صح ماقالوه (٦٥) لما جاز الفسخ

---

(٥٥) أى من وقت العلم بالعيب . أى فيكون الوطؤ واقعا فى ملك المشترى ، لان ملكه صحيح فيما قبل العلم بالعيب .

(٥٦) فى نسخة ((ب)) : قد يخلو الواطئ .

(٥٧) أنظر مجمع الانهر جـ٢ ص٥٠٢ . أى ويكون فسخا للبيع ، أى ولا حد ولا غرم عليه .

(٥٨) حيث لا حد ولا غرم ، لانه غير خاضع لاحكامنا ، لكنه يقتل لحرابته بكل حال سواء أتى مايستوجب الحد أولا .

(٥٩) حيث لا غرم ولا حد على الواطئ هنا لان المجنون غير مكلف .

(٦٠) أى المشترى .

(٦١) حيث لا غرم على المشترى ولا حد عليه هنا لانه وطئها وهى فى ملكه .

(٦٢) هذا بناء على أصلهم ان العقد فى الرد بالعيب ينفسخ من أصله لا من وقت العلم بالعيب ، واذ ذلك كذلك فان الوطء يقع فى ملك الغير وهو البائع أنظر المسألة قبل هذه هامش رقم (٤٦) .

(٦٣) سقطت كلمة (بل) من الاصل .

(٦٤) لان العقد ينفسخ من وقت العلم بالعيب لا من أصله ، والفرض ان العلم بالعيب حصل بعد الوطء .

(٦٥) فى نسخة ((ب)) : ماقالوا . / وهو ان الوطأ يمنع الرد لما يلزم عليه من أنه يؤدى الى استباحة الوطئ فى ملك الغير .

بالتراضي (٦٦) لهذه العلة. (٦٧)

* مسألة (٤١): اذا اشترى اثنان من واحد عبدا فوجدا به عيبا، جاز لأحدهما الرد. (١) /١٣٩ی.

---

(٦٦) أي وهم قائلون بجواز الفسخ في هذه الصورة أعني جواز رد الامة الثيب اذا وطئها المشتري ثم اطلع على عيب فيها قبل عقد البيع فيما اذا رضي البائع بالرد، أنظر الهداية جـ٦ ص١١.

(٦٧) وهي كون الفسخ بالتراضي يؤدي الى أن يقع الوطؤ في ملك الغير، أي والحال انه يجوز بالتراضي فبطل تعليلهم المذكور.

(١) المختصر ص٨٣. الام جـ٣ ص٦٩. وقد نص في المنهاج ص٤٨ على أنه أظهر القولين عندهم فقال: ولو اشترى عبد رجلين معيبا فله رد نصيب أحدهما ولو اشترياه فلأحدهما الرد في الأظهر. أهـ. وقال السبكي في المجموع جـ١١ ص٣٤١: وهو الاصح. أهـ. وكذا نص عليه في الوجيز جـ١ ص١٤٤.

وهو قول الحنابلة: شرح المنتهى جـ٢ ص١٧٩. كشاف القناع جـ٣ ص٢١٢ وقد حكى في المغني جـ٤ ص١٢٢ عن أحمد روايتين كالمذهبين الحنفي والشافعي.

وبه يقول المالكية في احدى الروايتين والثانية كقول أبي حنيفة. أنظر القوانين ص٢٩٢.

وقد نص في البلغة جـ٢ ص٦٦ على أن القول بالجواز هو المشهور واليه رجع مالك بعد ان كان يقول بالمنع، وبه يقول ابن القاسم من أصحابه. وأنظر الجواهر جـ٢ ص٤٨. شرح المنح جـ٢ ص٦٧٢. ومحل جواز الرد مالم يكونا شريكين والا فلا لانهما بالشركة يكونان كرجل واحد فاما يقبلانه معا واما يردانه معا. أنظر البلغة جـ٢ ص٦٦.

والى جواز الرد أيضا ذهب أبو محمد بن حزم: المحلى جـ٩ ص٧٣٢.

وقال أبو حنيفة : لا يجوز.(٢)

لنا : هو انه رد جميع ما ملكه ، كما دخل في ضمانه ، بعيب لم يرض به ، فأشبه اذا انفرد بالشراء،(٣) ولانه في(٤) أحد شطريه عاقدان ، فكان حكمه حكم الصفقتين في الرد،(٥) كما لو كان البائع اثنين ، والمشتري واحدا،(٦) ولأن ما جاز للشفيع ان يفرده بالاخذ ، جاز للمشتري أن يفرده بالرد ، كما لو اشترى في صفقتين،(٧) ولأنهما عقدان،(٨) فان الفعل اذا أضيف الى اثنين ، كان

---

(٢) لما فيه من تفريق الصفقة على البائع وذلك لا يجوز فاما بكل الثمن والمبيع والا رده كله . أنظر: الهداية جـ٦ ص٢٠ . التبيين جـ٤ ص١٠٣ . مجمع الانهر جـ٢ ص٤٠ .

(٣) حيث له رد جميع الصفقة بالعيب .
بجامع رد جميع ما ملكه كما دخل في ضمانه بعيب لم يرض به في كل من الاصل وهو مالو انفرد بالشراء والفرع وهو مالو اشتراه مع شخص آخر. ولما كان حكم الاصل جواز رده بالعيب ، كان حكم الفرع كذلك فيجوز لاحدهما الرد أيضا لذلك .

(٤) في نسخة ((ب)) : ولانه عقد .

(٥) بان كان المشتري واحدا والمبيع شيئين كل منهما بعقد مستقل ثم وجد المشتري عيبا في احدى البيعتين فانه يردها على البائع به .

(٦) حيث يجوز له رد المبيع بالعيب.
بجامع ان كلا عقد في أحد طرفيه عاقدان ، اما الاصل فهو مالو كان البائع اثنين والمشتري واحدا . واما الفرع فهو مالو كان المشتري اثنان والبائع واحدا ، ولما كان حكم الاصل جواز الرد لاحدهما وان لم يرض الآخر كان حكم الفرع كذلك فيجوز لاحد المشتريين الرد وان لم يرض الآخر.

(٧) حيث يجوز له الرد في أحداهما دون الاخرى .
بجامع جواز ان يفرد الشفيع نصيب أحد المشتريين للشقص المبيع بالرد ويأخذ بالشفعة في نصيب الآخر
في كل من الاصل وهو مالو اشترى في صفقتين . والفرع وهو مالو اشتريا عبدا فوجدا به عيبا . ولما كان حكم الاصل هو جواز افراد احدى الصفقتين بالرد دون الاخرى كان حكم الفرع كذلك فيجوز لاحد المشتريين أن ينفرد بالرد دون الآخر أيضا لذلك .

(٨) أي في الحقيقة وان كان الظاهر انهما عقد واحد في الصورة.

بمنزلة المكرر ، ولهذا لا فرق بين أن يقول : طلقتكما (٩) وبين أن يقول : طلقتك وطلقتك (١٠) .

قالوا : رد ما اشتراه ناقصا عما كان في ملك البائع (١١) فلا يجوز ، كما لو كان المشترى واحدا (١٢) أو حدث عنده عيب (١٣) ، أو رد احد وارثي المشترى نصيبه (١٤) .

قلنا : هذا النقص حصل بفعل البائع حين أوجبه لاثنين وفرقه في الملكين ، بخلاف ما لو كان المشترى واحدا ، فانه حصل نقص الاشاعة (١٥) بفعله (١٦) وتفريقه ، ولانه حصل النقص وهو في ضمانه (١٧) فلم يمنع الرد (١٨) ، كالعيب الذى حدث

---

(٩) فان الطلاق يقع على كل واحدة منهما كما لو قال لها منفردة : طلقتك .

(١٠) فان الطلاق يقع على كل واحدة منهما أيضا لانفرادها بالمخاطبة به .

(١١) أى بسبب تفريق الصفقة به على البائع .

(١٢) حيث لا يجوز له رد بعض المبيع لادخاله النقص به على البائع .

(١٣) أى واراد رد المبيع بعد العيب الحادث ، فان ذلك لا يجوز . لأن فيه غبنا للبائع بادخال عيب جديد على المبيع .

(١٤) حيث لا يجوز له رد نصيبه من المبيع الذى اشتراه المورث ، لتفريقه الصفقة به على البائع .

والجامع في الاقيسة المذكورة هو رد المبيع ناقصا على البائع ، في كل .

(١٥) أصل الاشاعة من شاع الشئ يشيع شيوعا اذا ظهر وانتشر ، ومنه قولك شاع اللبن في الماء اذا تفرق فيه وامتزج به ، ومنه قيل : سهم شائع كأنه ممتزج لعدم تميزه عن غيره من الشركاء . أنظر المصباح جـ١ ص٣٥٣ . وفي المختار ص٣٥٣ : وسهم مشاع وشائع أى غير مقسوم . أهـ .

(١٦) أى بفعل المشترى .

(١٧) أى حين كان المبيع في ضمان البائع . لان فرض المسألة الرد بعيب سابق على العقد .

(١٨) لان العقد لم يقع عليه هو انما وقع على مبيع سالم فلما ظهر فيه العيب تبين انه غير المعقود عليه .

في يده[19]، بخلاف العيب الحادث في يد المشتري[20]، وفي وارثي المشتري[21] وجهان. وان سلم[22] فلانهما قائمان مقام المورث، وهو ملك[23] بعقد واحد[24] وهاهنا[25] المشتريان ملكاه بعقدهما، وكل واحد منهما ينفرد بعقده، فانفرد بفسخه، ولهذا فلا يجوز[26] للمشتري أن يرد نصيب أحد وارثي البائع[27]، ويجوز أن يرد نصيب أحد البائعين[28].

---

(١٩) أي في يد البائع قبل أن يقبضه المشتري، حيث يجوز للمشتري رده بالعيب قطعا، والجامع في القياس المذكور هو حصول النقص في المبيع وهو في ضمان البائع في كل من الاصل وهو مالو حدث العيب في يد البائع والفرع وهو مالو كان العيب سابقا على العقد، ولما كان حكم الاصل جواز الرد بالعيب الحادث بعد العقد وقبل القبض، كان حكم الفرع كذلك فيجوز الرد بالعيب القديم السابق للعقد أيضا لذلك.

(٢٠) حيث لا يوجب ذلك رد المبيع لانه من ضمان المشتري لانه دخل في ملكه بالقبض.

(٢١) سقط حرف الياء من (المشتري) في نسخة ((ب)) ./والوجهان حكاهما السبكي في المجموع جـ١١ ص٣٣٠ أحدهما جواز الرد الثاني المنع وزاد ثالثا وهو ان البائع مخير بين أن يأخذ نصف المبيع ويعطي نصف الثمن وبين أن يعطي نصف الارش ويجبر الذي يريد الرد على اسقاط حقه.

(٢٢) أي على الوجه القائل بمنع الرد.

(٢٣) في نسخة ((ب)): وهذا ملك. /والاشارة عائدة الى المورث وهو المشتري.

(٢٤) في نسخة ((ب)) زيادة: وهذا ملك بعقد واحد فكان لهما الرقبة دون أحدهما فهاهنا المشتريان. .الخ. /لكن الكلام يستقيم بدونها.

(٢٥) أي فيما لو اشترى اثنان عبدا ورد أحدهما نصيبه منه.

(٢٦) في نسخة ((ب)): ولهذا لا يجوز.

(٢٧) لانهما قائمان مقام المورث. ولو كان المورث وهو البائع حيا لما جاز للمشتري رد بعض المبيع عليه، فكذلك ليس له الرد على أحد وارثيه لما فيه من تفريق الصفقة.

(٢٨) لان العقدين هنا منفردان. فليس فيه ضرر تفريق الصفقة.

* مسألة (٤٢) : اذا اشترى رجل عبدين ثم وجد باحدهما عيبا ، لم يجز له رده[1] في أحد القولين[2]. / ١٣٩ ى .

وقال أبو حنيفة : يجوز بعد القبض.[3]

لنا : ان البائع واحد والمشتري واحد ، فأشبه اذا كان العبد واحدا[4] ،

---

(١) أي مطلقا قبل القبض أو بعده .

(٢) هذا اظهرهما . المنهاج ص ٤٨ . الوجيز جـ١ ص ١٤٠ . فتح العزيز جـ٨ ص ٢٤١ والتي تليها .
وأنظر المجموع جـ١١ ص ٣٣١ .

(٣) أي فيرد المعيب وحده ، خلافا لزفر حيث يوجب قبولهما معا أو ردهما معا .
أنظر الهداية جـ٦ ص ٣٠ . التبيين جـ٤ ص ٤١ . مجمع الانهر جـ٢ ص ٥٠ .
واجاز الحنابلة رده مطلقا قبل القبض أو بعده حيث لم يفرقوا بين الحالين .
أنظر شرح المنتهى جـ٢ ص ١٨٠ . كشاف القناع جـ٣ ص ٢١٣ . وقد ذكر في المغني جـ٤ ص ١٢١ عن أحمد روايتين أحداهما : ليس له الا ردهما أو أخذ الارش مع امساكهما .
والثانية : له رد المعيب وامساك الصحيح .
ومحل هاتين الروايتين ما اذا كان المبيعان مما يجوز التفريق بينهما ، والا فاما ان يردهما جميعا أو يمسكهما جميعا ، كما لو كان المبيع ولدا مع أمه .
وبقول الحنابلة يقول المالكية أيضا : أنظر الشرح الصغير جـ٢ ص ٦٤ .
الجواهر جـ٢ ص ٤٧ . شرح المنح ص ٢ ص ٦٦٩ .
وهو قول ابن حزم : المحلى جـ٩ ص ٧٣٩ .

(٤) حيث لا يجوز له رد بعض العبد ، لما فيه من تفريق الصفقة ، لأن البائع سيكون شريكا للمشتري في البعض المردود من العبد .
بجامع تفريق الصفقة برده في كل من الاصل وهو ما لو اشترى عبدا واحدا ، والفرع وهو ما لو اشترى عبدين .
ولما كان حكم الاصل عدم جواز رد بعضه بعيب على البائع ، كان حكم الفرع كذلك فلا يجوز رد أحدهما عليه أيضا لذلك .

ولا ن مالا يجوز تبعيض الصفقة فيه قبل القبض ، لم يجز بعده كزوجي الخف(٥).

قالوا : عينان لاضرر فى افراد أحدهما عن الآخر(٦)، وجد سبب الرد فى أحدهما بعد القبض فجاز افراده بالرد ،كما لو اشترط الخيار فى أحدهما(٧).

---

(٥) الزوج هو الشكل الذى يكون له نظير كالاصناف والالوان ،أو يكون له نقيض كالرطب واليابس والذكر والانثى والليل والنهار . . الخ .

ويطلق الزوج على كل اثنين ضد الفرد ، تقول عندى زوج نعل أى نعلين وزوجا نعل أى أربعة نعال ،

ويطلق الزوج على الواحد أيضا قال ابن قتيبة : الزوج يكون واحدا ويكون اثنين وقوله تعالى : (من كل زوجين اثنين) هو هنا واحد .

وقد أنكر النحويون أن يكون الزوج اثنين . والزوج عندهم هو الفرد قال الفيومى : هذا هو الصواب ، وقال ابن الانبارى : والعامة تخطئ فتظن ان الزوج اثنان وليس ذلك من مذهب العرب بل تقول : زوجان من حمام وزوجان من خفاف ولا يقولون للواحد منهما زوج بل للذكر فرد وللانثى فردة . وقد استدل بعضهم لهذا بقوله تعالى : (خلق الزوجين الذكر والانثى) . فاطلق على الاثنين زوجين .

واما تسميتهم الواحد بالزوج فمشروط بأن يكون معه آخر من جنسه . كفردة الخف تقول انها زوج اذا كانت معها الفردة الاخرى . أنظر المصباح المنير جـ١ ص٢٧٧ .

والجامع فى القياس المذكور هو عدم جواز تفريق الصفقة فيه قبل القبض ، فى كل من الاصل وهو زوجا الخف والفرع وهو ابتياع عبدين بصفقة واحدة ولما كان حكم الاصل عدم جواز رد أحد زوجي الخف بعد القبض ، كان حكم الفرع كذلك فلا يجوز رد أحد العبدين بعد القبض أيضا لذلك .

(٦) فى نسخة ((ب)) : على الاخر . / وهو تحريف .

(٧) حيث يجوز رده بعد القبض .

بجامع انهما عينان لا ضرر فى افراد أحدهما بالرد عن الآخر وجد سبب الرد فى أحدهما بعد القبض فى كل ، اما الأصل فهو مالو اشترط الخيار

قلنا : لا نسلم ، فان في افراد الجيد عن الردئ ضررا ، لانه لا يرغب في الردئ[٨] اذا افرد عن الجيد ، واذا ضم اليه رغب فيه[٩]. ولا سيما في زوجي حصير ، وثوري[١٠] حرث، والبيع لا يصح في الأصل[١١] في أحد القولين[١٢]، ثم هناك[١٣] رضي بأن[١٤] يرد عليه أحدهما ، وهاهنا[١٥] لم يرض اذ لو رضي بذلك لأعلمه بالعيب[١٦].

= في أحد العينين المبيعين واما الفرع فهو مالو اشترى عبدين ثم ظهر على عيب في أحدهما قبل العقد .
ولما كان حكم الاصل جواز رد أحد العينين بشرط الخيار بعد القبض، كان حكم الفرع كذلك فيجوز افراد أحد العبدين بالرد بالعيب بعد القبض أيضا لذلك .

(٨) في نسخة ((ب)) : في الرد .

(٩) سقط لفظ (فيه) من الاصل . وما أثبتناه من نسخة ((ب)) .

(١٠) غير واضحة في الأصل ، وهي بالنون في نسخة ((ب)) . / ولا معنى لهما ، فوجب حملها على ثوري حرث . تثنية ثور بالمثلثة . ومحل المنع من رد أحد ثوري الحرث عندهم هو ما اذا الف أحدهما الآخر، بحيث لا يعمل في الحرث الا معه . لانهما يصيران كزوجي الخف.
أنظر فتح القدير جـ٦ ص ٣١ . واما عند الشافعية فلا يجوز رد أحدهما مطلقا ، لما فيه من تفريق الصفقة .

(١١) وهو مالو اشترط الخيار في أحد العبدين ، لا على التعيين .

(١٢) قال النووي : اصحهما صحة العقد فيهما ، أهـ. المجموع جـ٩ ص٣٨٦ .

(١٣) أي فيما لو اشترط الخيار في أحد العبدين المبيعين صفقة واحدة .

(١٤) أي البائع .

(١٥) أي فيما اذا باع عبدين بلا شرط خيار ، ثم وجد المشتري في أحدهما عيبا .

(١٦) أي فهذا فارق بين الاصل والفرع يبطل به قياسهم المذكور .

* مسألة (٤٣) : اذا اشترى عبدا على انه كافر، فخرج مسلما ، ثبت له الخيار[1] ./١٣٩ى.

وقال أبو حنيفة : لا خيار له[2].

لنا : ان الكفر زيادة يرغب فيه فى العبد ، لانه يصلح[3] للمسلم والكافر ، فاذا اشترط[4] وخرج بخلافه ثبت له الخيار ، كما لو شرط[5] انه خصى[6]

---

(١) القليوبى جـ٢ ص١٨٠ فقد ذكر ان العلة فى صحة هذا الشرط وثبوت الخيار له بتخلفه هى رغبة الفريقين فى العبد الكافر لسقوط التكاليف الشرعية عنه . فكان هذا الشرط وصفا يقصد فى البيع كما لو شرط العبد كاتبا والدابة حاملا أو لبونا .

وقد نص على ثبوت الخيار للمشترى اذا شرط وصفا مقصودا فى العقد كل من : المنهاج ص٤٦ . الوجيز جـ١ ص١٣٩ . المجموع جـ٩ ص٣٥٨ .

وهو قول المالكية : القوانين ص٢٩٢ . الشرح الصغير جـ١ ص٥٣ مع البلغة عليه . الجواهر جـ٢ ص٣٩ .

(٢) الهداية جـ٥ ص٥٣٠ حيث نص على أن الصفة التى بانت فى العبد أفضل من التى اشترطها المشترى فلا خيار له فى الرد . وفى مسألتنا العبد المسلم أفضل من العبد الكافر قطعا .

وأنظر حاشية الشلبى على التبيين جـ٤ ص٢٣ .

وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى جـ٢ ص١٦١ . كشاف القناع جـ٣ ص١٧٨

وقد زاد فى المغنى جـ٤ ص١١٨ قولا آخر أن له الخيار كالشافعية .

ولم أقف على قول ابن حزم هنا فى هذه المسألة .

(٣) أى فى الخدمة .

(٤) فى الأصل : فاذا شرطه .

(٥) فى الأصل : كما لو شرطه . / وما أثبتناه من نسخة ((ب)) .

(٦) فى المصباح جـ١ ص١٨٤ : خصيت العبد اخصيه خصاء بالكسر والمد : سللت خصييه ، فهو خصى فعيل بمعنى مفعول مثل جريح وقتيل والجمع خصيان . أهـ.

فخـــرج فحـــلا .(٧)

قالوا : عقد ، فاذا شرط فيه الكفر فخرج الاسلام ، لم يثبت له الخيـــــار، كالنكاح .(٨)

قلنـــا : الكفر ليس بفضيلة فى النكاح (٨)، وهو فضيلة فى البيع.(٩)

---

(٧) حيث يثبت له به الخيار لان فى دخول الخصى على النساء تسامحـــا ليس فى الفحل .
بجامع ان كلا صفة زائدة ترغب فى العبد . أما الاصل ، فهو مالو شرطه خصيا فبان فحلا ، واما الفرع فهو مالو شرطه كافرا فبـــان مسلما . ولما كان حكم الاصل ثبوت الخيار فيه للمشترى كان حكـــم الفرع كذلك فيثبت له به الخيار أيضا لذلك .

(٨) حيث لا يثبت له الخيار فيه اذا شرطها كافرة فبانت مسلمة ، لانها اكمـــل من الكافرة .
بجامع ان كلا عقد ، اما الاصل فهو النكاح واما الفرع فهو الشـــــراء ، ولما كان حكم الاصل عدم ثبوت الخيار للسيد اذا شرط فى الأمـــة أن تكون كافرة فخرجت مسلمة ، كان حكم الفرع كذلك فلا يثبت للمشترى الخيار اذا شرط فى العبد أن يكون كافرا فبان مسلما أيضا لذلك .

(٩) لان العبد لا يصلح به لنكاح الامة المسلمة ، فتضيق فرص الاستفادة منه من جهة تكثير العبيد به .

(١٠) لصلاحية العبد به للبيع ، للمسلمين وغيرهم .

فثبت بذلك أن بين الاصل والفرع فى قياسهم المذكور فارقا يبطل به .

* مسألة (٤٤) : الزنا يرد به العبد[1] . / ٣٩ ١ ى .

وقال أبو حنيفة : لا يرد[2] .

لنـا : انه مملوك يرد بالبرص والجنون ، فرد بالزنا كالأمة[3] ، ولانـه[4] معصية توجب الحد فأشبه السرقة[5] .

---

(١) الوجيز جـ١ ص ١٤٢ . المنهاج ص ٤٨ . المجموع جـ١١ ص ٤٩٠ .
وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى جـ٢ ص١٧٥ . كشاف القناع جـ٣ ص٢٠٤ .
المغنى جـ٤ ص١١٦ .
وبه يقول المالكية : القوانين ص ٢٩٣ . المنتقى جـ٤ ص ١٩٠ . الشـرح الصغير جـ٢ ص ٥٣ .
ولم أقف على صريح قول ابن حزم فى هذه المسألة ولكن يشبه أن يكون هـذا قوله أيضا ، أنظر المحلى جـ٩ ص ٧٣٠ .

(٢) أى بخلاف الجارية فانها ترد به .
الهداية جـ٦ ص ٧ . التبيين جـ٤ ص٣٢ . مجمع الأنهر جـ٢ ص ٤٢ .

(٣) حيث ترد بالزنا .
بجامع انه مملوك يرد بالبرص والجنون فى كل من الاصل وهو مالو كـان المبيع امة ، والفرع وهو مالو كان المبيع عبدا ، ولما كان حكم الأصـل جواز رد الامة بالزنا ، كان حكم الفرع كذلك فيرد به العبد أيضا لذلك .

(٤) أى الزنا .

(٥) حيث يرد بها العبد .
بجامع انه معصية توجب الحد فى كل من الاصل وهو السرقة والفـرع وهو الزنا . ولما كان حكم الاصل ثبوت خيار العيب بالسرقة كان حكـم كذلك فيثبت خيار العيب بالزنا أيضا لذلك .

قالوا : معصية لا يستحق بها عضو، (٦) فأشبه النميمة والكذب. (٧)

قلنا : وان لم يستحق به عضو ، الا أنه يستحق به الحد (٨) واذا تكرر (٩) أتى عليه فأهلكه ، ويفسد عليه فراشه ، (١٠) والاصل (١١) غير مسلم. (١٢)

قالوا : فضل قوة، (١٣) فلا يرد به .

قلنا : يبطل بقطع الطريق والسرقة. (١٤)

---

(٦) أي لا يقطع بها عضو من الزاني بسبب الزنى ، وانما فيها الجلد للبكر والرجم للمحصن .

(٧) حيث لا يرد بهما العبد .
بجامع انه معصية لا يستحق بها عضو في كل من الاصل وهو النميمة والكذب والفرع وهو الزنا ، ولما كان حكم الاصل عدم رد العبد به ، كان حكم الفرع كذلك فلا يرد العبد بالزنا أيضا لذلك .

(٨) فيجلد خمسين جلدة على النصف من حد الحر ، لقوله تعالى : (فاذا احصن - أي الاماء - فان اتين بفاحشة فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب) سورة النساء آية/ ٢٥ . ويقاس العبد على الامة في ذلك بجامع ان لا فارق بينهما . .

(٩) أي الحد بتكرر الزنى .

(١٠) أي يفسد على السيد أهله وحريمه اذ لا يأمنه على أهله وحريمه . نص عليه في المغني جـ٤ ص١١٦ .

(١١) وهو المقيس عليه في قياسهم أعني النميمة والكذب .

(١٢) أي بانه لا يرد العبد بالكذب والنميمة . وأنظر المجموع جـ١١ ص٤٩٤ .

(١٣) أي ان زناه دليل على قوة عنده على الانجاب ، واذا زوجه امة مثله زاد في عبيده ، فلا يعد ذلك فيه عيبا .

(١٤) حيث يدل ذلك على فضل قوة عنده أيضا ومع ذلك يرد بها العبد . فبطل جعل فضل القوة علة في عدم الرد به لوجودها في قطع الطريق وتخلف الحكم عنها .

* مسـألة (٤٥) : البخر(١) يرد به العبد(٢) . / ١٣٩ش .

وقال أبو حنيفة : لا يرد(٣) .

لنـا : انه رقيق فأشبه الجارية(٤) .

---

(١) في المصباح جـ١ ص٤٣ : وبخر الفم بخرا من باب تعب : انتنت ريحـه ، فالذكر ابخر والانثى بخراء والجمع بخر ، مثل أحمر وحمراء . وحمر . أهـ
قال السبكي : والبخر الذى هو عيب هو اليأس من تغير المعدة دون مايكون بقلح الاسنان فان ذلك يزول بتنظيف الفم . أهـ المجموع جـ١١ ص٤٩٠ وفسره في الشرح الصغير جـ٢ ص٥٣ : بعفونة الفرج وكذا عفونة النفـس اذا قوى . أهـ .
وزاد في مجمع الانهر جـ٢ ص٤٢ فقال : نتن رائحة الفم ، وفي البزازيـة - اسم كتاب - نـتن رائحة الانف . أهـ .
وانما ينشأ البخر في الفم نتيجة لتغير المعدة . أنظر الدر المنتقى جـ٢ ص٤٢ .

(٢) الوجيز جـ١ ص١٤٢ . المنهاج ص٤٨ . المجموع جـ١١ ص٤٩٠ .
وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى جـ٢ ص١٧٥ . كشاف القناع جـ٣ ص٢٠٣ المغنى جـ٤ ص١١٦ .
وبه يقول المالكية : القوانين ص٢٩٣ . الشرح الصغير جـ٢ ص٥٣ . الجواهر جـ٢ ص٤٠ .

(٣) الهداية جـ٦ ص٧ . التبيين جـ٤ ص٣٢ . مجمع الانهر جـ٢ ص٤٢ .
واما ابن حزم فان كان البخر مما ينقص به ثمن العبد ، فانه يعتبر ذلك عيبا يرد به العبد ، والا فلا . أنظر المحلى جـ٩ ص٧٣٠ .

(٤) حيث يثبت به فيها الخيار .
بجامع الرق في كل من الاصل وهو الامة والفرع وهو العبد ، ولما كان حكم الاصل جواز رد الجارية بالبخر كان حكم الفرع كذلك فيجوز رد العبد بـه أيضا لذلك .

قالوا : لا يقدح فى المقصود بالعبد (٥) ، فأشبه الصنان (٦) .

قلنا : بل يحتاج الى أن يساره (٧) ، فيتأذى به ، والصنان يزول بالغسل (٨) ،

وهذا (٩) لا يزول ، ولهذا لا يثبت به الرد (١٠) فى الجارية ويثبت بالبخر (١١) .

* مسألة (٤٦) : البول فى الفراش يثبت به الخيار فى العبد (١) ، / ١٣٩ ش .

---

(٥) وهو الخدمة .

(٦) فى المصباح جـ ١ ص ٣٧٤ : الصنان : الذفر تحت الابط وغيره ، وأصن الشئ بالالف : صار له صنان . أهـ .

وقد ضبطها المختار ص ٣٧١ بضم الصاد وفتح النون .

والجامع فى القياس المذكور هو عدم القدح فى المقصود بالعبد فى كل من الاصل وهو الصنان فى العبد والفرع وهو البخر فيه ، ولما كان حكم الاصل عدم ثبوت خيار العيب فى العبد لصنانه ، كان حكم الفرع كذلك فلا يثبت خيار العيب فى العبد ببخره أيضا لذلك .

(٧) فى المختار ص ٢٩٥ : وساره - بتشديد الراء - فى اذنه مسارة وسرارا بالكسر وتساروا تناجوا . أهـ . أى انه يحتاج الى أن يفضى له باسراره فيتأذى من بخره .

(٨) فى نسخة ((ب)) : بالفعل . / وهو تحريف .

(٩) أى البخر الناتج عن تغير المعدة .

(١٠) سقط كلمة (الرد) من الاصل .

(١١) لعدم امكان ازالته بالغسل . فيتأذى به السيد لانها تقصد للوطئ وهو معنى مقصود فى العقد . أى وهذا فارق يبطل به قياسهم البخر على الصنان .

(١) المنهاج ص ٤٨ . الوجيز جـ ١ ص ١٤٢ . ومحل كونه عيبا فيه مالو كان كبيرا ، والا بان كان صغيرا لا يتحرز مثله عنه وقيل بان كان دون سبع سنين فان ذلك ليس بعيب فيه بلا خلاف .

أنظر المجموع جـ ١١ ص ٤٩٨ .

=

وقال أبو حنيفة : لا يثبت.(٢)

لنـا : انه يفسد الفراش ببوله ، فهو كالجارية.(٣)

قالوا : لا ضرر عليه في بوله(٤)، فلا يثبت به الخيار.

= وهو قول الحنابلة ، ومحل كونه عيبا فيه عندهم ما اذا بلغ عشرا فصاعدا . شرح المنتهى جـ٢ ص ١٧٥ . كشاف القناع جـ٣ ص٢٠٤ . المغـــني جـ٤ ص ١١٦ .

وبه يقول المالكية : القوانين ص ٢٩٣ . الشرح الصغير جـ٢ ص٤٥ . الجواهر جـ٢ ص٤٠ . الا أنهم لم يحدوا للصغر والكبر سنا معينة .

(٢) ومحل كونه عيبا فيه مالم يبلغ فاذا بلغ فليس ذلك بعيب فلا يرد به العبد فاذا فعل ذلك في صغره عند البائع ثم فعله في صغره أيضا عند المشترى فله رده الا أن يبلغ فلا يرد به .

الهداية جـ٦ ص٤ . التبيين جـ٤ ص٣٢ . ومجمع الانهر جـ٢ ص٤١ .

قال في فتح القدير جـ٦ ص٥ : وحاصله انه اذا ظهرت هذه الأشـــياء - الاباق والبول في الفراش والسرقة - عند البائع في صغره ووجدت عنـــد المشترى بعد البلوغ لم يرده به لانه غير ذلك الذي كان عند البائع. أهـ

وقول ابن حزم في هذه المسألة كقوله في التي قبلها .

(٣) حيث ترد به الجارية .

بجامع فساد الفراش ببوله في كل ، اما الاصل فهو الجارية ، واما الفرع فهو العبد ولما كان حكم الاصل ثبوت خيار العيب في بول الجارية فـــي الفراش ، كان حكم كذلك فيثبت خيار العيب في بول العبد في الفـــراش أيضا لذلك .

(٤) لان العبد هو الذي يغسل فراشه وثيابه . ولذلك اعتبر عيبا فـــي الصغير لعدم امكانه القيام بغسل فراشه وثيابه بنفسه فيتأذى منـــه السيد ، ولا كذلك الكبير.

قلنا : عليه ضرر لانه يفسد به[٥] الفرش ويتلفها[٦].

* مسألة (٤٧) : اذا كسر ماماكوله فى جوفه ، فوجده معيبا ، رده فى أحد القولين[١]. / ١٣٩ ش.

وقال أبو حنيفة : لا يرد[٢].

---

(٥) فى الأصل : يفسد عليه الفراش.

(٦) فى الاصل ونسخة ((ب)) : ويتلها ./ الصواب ماأثبتناه . ويكون من باب عطف الشئ على نفسه .

(١) أى ويضم ارش الكسر اليه . وقيل لا يرد المبيع وله ارش العيب . وذلك كائن فى البيض والبطيخ والرانج بكسر النون وهو جوز الهند والرمان وغير ذلك .

أنظر المختصر ص ٨٣ . الوجيز جـ١ ص ١٤٤ . وقد نص فى المنهاج ص ٤٨ على أن الرد بلا ارش هو اظهر القولين .

وعند الحنابلة ان كان لمكسوره قيمة كبيض النعام وجوز الهند خير المشترى بين أخذ أرش وبين رده مع ارش كسره للبائع ، وقيل لا ارش له أصلا . فان بقى له مع كسره قيمة فله الرجوع بكل الثمن كبيض النعام الفاسد والجوز الخرب والبطيخ التالف . ونحو ذلك .

أنظر شرح المنتهى جـ٢ ص١٧٨ . كشاف القناع جـ٣ ص٢١١ . وقد ذكر فى المغنى جـ٤ ص١٢٦ رواية أخرى انه لا يرده فتحصل فى المذهب ثلاث روايات : يرد مع ارش الكسر . لا يرد وله أرش العيب والثالثة : لا يرد ولا ارش له الا أن يشترط السلامة . أنظر المحرر جـ١ ص٣٢٦ .

وبالرد يقول ابن حزم أيضا : المحلى جـ٩ ص ٧٣٤ .

(٢) أى اذا كان لمكسوره قيمة . الا أنه يرجع بنقصان العيب على البائع ، والا بان كان لا ينتفع به أصلا فله الرجوع بالثمن كله على البائع .

أنظر الهداية جـ٦ ص١٨ . التبيين جـ٤ ص٣٧ . مجمع الانهر جـ٢ ص٤٧ .

والفرق بين مذهب الحنفية والحنابلة هو أن الحنفية لا يجيزون الرد اذا كان للمكسور قيمة بعد الكسر . الا أنه يرجع بنقصان العيب على البائع =

لنــا : هو انه معنى لا يتوصل الى معرفة[(٣)] العيب الا به ، فلم يمنــع الرد كنشر الثوب وقلب الصبرة[(٤)].

قالوا : نقص[(٤)]، فمنع الرد ،كقطع الثوب[(٥)].

= وأما الحنابلة فيخيرونه قيه بين الرجوع بنقصان العيب وبين الرد مطلقا . ومحل الرجوع بنقصان العيب هو ماذا لم يعلم بالعيب قبل الكســـر والا فلا يرجع به على البائع أصلا .

وبعدم الرد على البائع مطلقا سواء له قيمة أولا قيمة لمبعد الكسر الا البيض فانه يرد على البائع لظهور عيبه لانه يطلع عليه بدون كسره فان كســره المشترى رده مكسورا ورجع بجميع ثمنه الا أن يكسر بعد أيام فلا يــرده لاحتمال طرو الفساد عليه عند المشترى ، ومحل ذلك أيضا اذا لــم يشترط السلامة يقول المالكية .

أنظر الجواهر جـ٢ ص١٤ . الشرح الصغير جـ٢ ص٥٥ . شرح المنــح جـ٢ ص٦٣٧ .

(٣) سقط عبارة (معرفة) من نسخة ((ب)) .

(٤) حيث لو اشترى ثوبا فنشره أو صبرة فقلبها ثم ظهر على عيب فيهما ، فـــان حقه فى الرد باق مع ذلك .

بجامع انه معنى لا يتوصل الى معرفة العيب الا به ،فى كل من الاصـــل وهو نشر الثوب وقلب الصبرة والفرع وهو كسر ماماًكوله فى جوفه .

ولما كان حكم الاصل ثبوت الخيار فيه ، كان حكم الفرع كذلك فللمشـــترى الخيار فيه أيضا لذلك .

(٤) صفة لموصوف محذوف هو : الكسر .

(٥) أى للخياطة ، حيث لا يثبت له الخيار به .

بجامع طرو النقص على المبيع فى كل من الاصل وهو قطع الثوب والفـــرع وهو ماماًكوله فى جوفه اذا كسر فبان فيه عيب ، ولما كان حكم الاصل منــع رد الثوب بعد تقطيعه لطرو نقص جديد عليه بالقطع كان حكم الفرع كذلك فلا يرد ماماًكوله فى جوفه اذا كسر لطرو نقص جديد عليه بالكسر أيضا لذلك .

قلنــا : الا أنه لا يتوصل الى رده[6] الا به[7]، فعفى عنه ، كالافتضاض[8] في البكر[9].

* مسـألة (٤٨) : اذا قتل العبد المبيع[1] في يد المشتري بقتل أو ردة كان في يد البائع[2] رجع بالارش[3] في أحد الوجهين . / ١٣٩ ش .

---

(٦) في نسخة ((ب)) : الى الرد .

(٧) أي بالكسر .

(٨) في المصباح جـ ٢ ص ١٣٠ : فضضت الختم فضا من باب قتل : كسرتــه ، وفضضت البكارة : ازلتها ، على التشبيه بالختم ، قال الفرزدق :

فبتن بجانبي مصرعات وبت افض اغلاق الختام . أهـ

والبكارة بالفتح : عذرة المرأة . أهـ المصباح جـ ١ ص ٦٦ .

وفي الأصل : كالاقتضاض ، بالقاف ، وهو بمعنى الافتضاض بالفـــاء ، وهو بمعنى الثقب تقول قضضت الخشبة قضا من باب قتل اذا ثقبتهـــا ، ومنه القضة بالكسر ، وهي البكارة . يقال اقتضضتها اذا ازلت قضتها . والفرق بين اقتضها بالقاف وابتكرها أي ازال بكارتها . ان الاقتضـــاض يكون قبل البلوغ وبعده واما ابتكرها فلاتكون الا لمن كانت في ســـن ماقبل البلوغ .

أنظر المصباح جـ ٢ ص ١٦٥ .

(٩) حيث يثبت له الخيار اذا وجد فيها عيبا وان افتضها .

بجامع عدم التوصل الى معرفة العيب الذى يوجب الرد الا به في كـــل من الاصل وهو افتضاض البكر ، والفرع وهو كسر ماماكوله في جوفـــه ولما كان حكم الاصل جواز رده بعد الفض ، كان حكم الفرع كذلك فـــيرد وإن بعد الكسر أيضا لذلك .

(١) في نسخة ((ب)) : العبد المعيب ./ وهو تحريف .

(٢) أي استوجب القتل بقتل أو ردة حالة كونه عند البائع .

(٣) أي انه يكون من ضمان المشتري فيرجع بالارش فقط .

المختصر ص ٨٣ . الوجيز جـ ١ ص ١٤٢ . وقال في المنهاج ص ٤٨ : ولـو قتل بردة سابقة ضمنه البائع في الاصح . أهـ . وأنظر المجموع جـ ١١ ص ٥٣٠ =

وقال أبو حنيفة : يرجع بالثمن ، وهو المنصوص.(٤)

لنـا : هو انه هلك في يده ، فصار كالجارية الحبلى اذا ماتت في الطلق.(٥)

= وانما وجب بها الارش لان العبد اذا بيع وقد استوجب القتل بردة أو قصاص كان بمنزلة المعيب ، فيأخذ المشترى ارش العيب وهو مابين قيمته جانيا وغير جان منسوبا من الثمن ، ويعبر عن ذلك بأنه من ضمان المشترى.
ومحل أخذه الارش ما اذا لم يكن عالما بوجوب الحد أو القتل على العبد وقت شرائه ، والا فلاشئ له . أنظر المجموع جـ ١١ ص ٥٣١.
وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى جـ ٢ ص ١٨١ . كشاف القناع جـ ٣ ص ٢١٦ المغنى جـ ٤ ص ١٢٩.
ومحل الرجوع بالارش فقط دون الثمن كله ما اذا لم يعلم المشترى بوجوب عقوبة القتل على العبد . والا فلاشئ له لانه رضيه بعيبه .
وهو قول المالكية : الشرح الصغير جـ ٢ ص ٩٥ . الجواهر جـ ٢ ص ٤٤ . شرح المنح جـ ٢ ص ٦٥١.
وأنظر حاشية الدسوقى جـ ٢ ص ١٢٤.
واليه ذهب أبو محمد بن حزم : المحلى جـ ٩ ص ٧٢٩.

(٤) خلافا لابى يوسف ومحمد حيث وافقا الشافعية فى الرجوع بالارش وذلك بأن يقوم حلال الدم وحرامه فيرجع بمثل نسبة التفاوت بين القيمتين من الثمن.
أنظر الهداية جـ ٦ ص ٣٥ . التبيين جـ ٤ ص ٤٢ . مجمع الأنهر جـ ٢ ص ٥١.

(٥) أى وكان الحمل قبل الشراء ، فيرجع المشترى بالارش على البائع لان الحمل فيها عيب سابق على العقد وقد أدى الى هلاكها فيرجع بالارش عليه بان تقوم حاملا وغير حامل ويأخذ المشترى الفارق من البائع . والجامع فى القياس المذكور هو هلاك المبيع فى يد المشترى فى كل من الأصل وهو مالو اشترى جارية وكانت حبلى ، والفرع وهو مالو اشترى عبدا مرتدا أو قاتلا لنظيره .
ولما كان حكم الاصل الرجوع على بائع الجارية اذا ماتت فى الطلق ، كان حكم الفرع كذلك فيرجع مشترى العبد بالارش على البائع اذا قتل العبد قصاصا أو حدا ، أيضا لذلك .

قالوا : استحق رقبته من طريق الحكم ، بمعنى كان في يد البائع، فأشبه اذا استحق ببينة.(٦)

قلنا : بل بالاصرار على الردة(٧)، وذلك حدث في يد المشتري. والاستحقاق(٨) يمنع صحة البيع(٩)، وهذا لا يمنع صحة البيع(١٠)، فهو كالمرض والحبل.(١١)

---

(٦) حيث يستحق المشتري على البائع ثمنه اذن.
بجامع استحقاق الرقبة من طريق الحكم بمعنى كان في يد البائع في كل من الاصل وهو مالو استحق رقبة العبد ببينة ، والفرع وهو مالو قتل المبيع في يد المشتري بسبب سابق بردة أو قصاص، ولما كان حكم الأصل هو رجوع المشتري بجميع ثمن المبيع الذى استحقه بالبينة ، كان حكم الفرع كذلك فيستحق الرجوع بجميع الثمن على البائع أيضا لذلك .

(٧) أى أن العبد هلك في يد المشتري باصراره على الردة ، أى بفعل نفسه لا بفعل غيره، وهذا الاصرار كان حالة كون العبد في ملك المشتري فلا رجوع له بالثمن على البائع وانما يرجع بالارش لان أصل العيب كان حالة كون العبد في يد البائع فيرجع المشتري بنقصان العيب فيه فيقوم مرتدا وغير مرتد ويكون فارق مابينهما أرشا للمشتري.

(٨) من قوله : والاستحقاق يمنع. . . الى آخر المسألة ساقط من نسخة ((ب)) .

(٩) بمعنى : أن البائع اذا باع شيئا وأقام غيره البينة على أن السلعة ليست للبائع استحقها صاحب البينة ورجع المشتري بالثمن على البائع لأن بيعه كان فاسدا اذ باع مالا يملك .

(١٠) أى بيع المعيب لا يمنع صحة البيع لكنه يثبت للمشتري به الارش، الا أن يكون عالما بالعيب وقت البيع لان ذلك منه رضا بالعيب .
وهذا فارق بين الاصل والفرع يبطل به قياسهم المذكور.

(١١) حيث لا يمنعان صحة بيع العبد أو الامة.
بجامع ان كلا عيب لا يمنع صحة البيع. أما الاصل فهو المرض والحبل واما الفرع فهو العبد المحكوم بالقتل بردة أو قصاص ، ولما كان حكم الأصل صحة بيع العبد المريض والامة الحامل كان حكم الفرع كذلك فيصح بيع العبد المحكوم بالقتل في يد البائع أيضا لذلك .

* مسألة (٤٩) : اذا علم بالعيب بعد اكل الطعام أو قتل العبد ، رجع بالارش.[(١)] / ١٣٩ ش.

وقال أبو حنيفة : لا يرجع.[(٢)]

لنا : هو انه علم بالعيب بعد الاياس من الرد ، فثبت له الرجوع بالارش ، كما لو مات في[(٣)] يده ولانه اتلاف ، فلا يسقط[(٤)] الرجوع بالارش ، كالعتق.[(٥)]

---

(١) الوجيز جـ١ ص ١٤٣ . المنهاج ص٤٨ . المجموع جـ١١ ص٤٦٠ .
وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى جـ٢ ص١٨١ . كشاف القناع جـ٣ ص٢١٦
المغني جـ٤ ص١٢٣ .
وبه يقول المالكية : الشرح الصغير جـ٢ ص٩٥ . الجواهر جـ٢ ص٤٤ . شرح المنح جـ٢ ص٦٥١ .

(٢) خلافا لابي يوسف في قتل المشتري العبد حيث أوجب الرجوع بالارش ، وخلافا للصاحبين في اكل الطعام حيث أجازا للمشتري الرجوع بنقصان العيب ، وعنهما قول آخر بالتفصيل : فاذا كان المبيع مما يقبل التجزئة يرد مابقى ويرجع بنقصان العيب فيما اكل .
والثاني يرجع بالنقصان ولا يرد الباقي وان قبل التجزئة .
أنظر الهداية جـ٦ ص١٦ وص١٧ . التبيين جـ٤ ص٣٦ . مجمع الانهر جـ٢ ص٤٦ .
وبعدم الرد يقول ابن حزم أيضا : المحلى جـ٩ ص٧٣٧ .

(٣) حيث يثبت له حق الرجوع بالارش قطعا .
بجامع العلم بالعيب بعد الياس من الرد في كل من الاصل وهو مالو مات العبد المعيب في يده ، والفرع وهو مالو قتل العبد في يده أو اكل الطعام ثم علم بالعيب. ولما كان حكم الاصل هو جواز الرجوع بارش العبد المعيب اذا مات في يده كان حكم الفرع كذلك فيجوز الرجوع بارش العبد المقتول أو الطعام المعيب اذا علم به بعد فواته أيضا لذلك .

(٤) أي الاتلاف .

(٥) حيث لو اعتق المشتري العبد ثم علم بعيب فيه ، فله الرجوع بالارش.
بجامع الاتلاف أو الفوات في كل من الاصل وهو العتق ، والفرع وهو قتل =

قالوا : تعذر رده بفعل مضمون (٦) ، فأشبه اذا باعه أو امسكه (٧) .

قلنا : يبطل به اذا اعتقه (٨) ، واذا باعه لم يأيس (٩) من الرد ، وهاهنا أيس ، واذا أمسكه فقد رضي بالعيب ، وهاهنا لم يرض به (١٠) .

* مسألة (٥٠) : اذا رد عليه المبيع بالعيب (١) ، جاز له رده على بائعه (٢) . / ١٣٩ ش

= العبد أو اكل الطعام ، ولما كان حكم الاصل ثبوت حق الرجوع بالارش اذا اعتق العبد ثم وقف على عيب فيه . كان حكم الفرع كذلك فيثبت حق الرجوع بالارش على البائع اذا قتل العبد أو اكل الطعام في يد المشترى ثم اطلع على عيب فيه أيضا لذلك .

(٦) وهو قتل العبد أو اكل الطعام .

(٧) حيث لا يستحق الرجوع بالارش اذا باع العبد ثم أطلع على عيبه أو اطلع على العيب فيه ثم أمسكه .

بجامع تعذر رد المبيع لطرو فعل موجب للضمان فيه في كل من الأصل وهو مالو باع العبد أو امسكه عنده ، والفرع وهو مالو قتل العبد أو اكل الطعام ثم اطلع على عيب فيه . ولما كان حكم الاصل عدم الرجوع بالارش على المشترى اذا باع العبد أو امسكه عنده بعد اطلاعه على عيب فيه كان حكم الفرع كذلك فلا يرجع المشترى بالارش على البائع اذا اطلع على عيب في العبد بعد قتله أو في الطعام بعد اكله أو الاكل منه .

(٨) حيث يرجع بارش العيب على البائع اذا اطلع على عيب في العبد بعد العتق .

(٩) في نسخة ((ب)) : لم ييئس .

(١٠) أي وهذان فارقان بين الاصل والفرع يبطل بهما قياسهم المذكور .

(١) وصورة ذلك : ان يشترى من رجل سلعة ولم يقف بها على عيب ثم يبيعها من آخر فيظهر بها عيب قديم فللمشترى الثاني ردها على المشترى الأول ، ثم يردها هذا على البائع الأول .

(٢) أي الأول .

أنظر المجموع جـ١١ ص٤٧٠ . المنهاج ص٤٨ وأنظر القليوبي جـ٢ ص٢٠٢ .

وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى جـ٢ ص١٧٨ . كشاف القناع جـ٣ ص٢١٠ .

المغني جـ٤ ص١٢٠ .

وقال أبو حنيفة : ان رده بغير قضاء لم يجز له الرد[٣] .

لنـــا : هو انه رد عليه بعيب لم يرض به ، وهو باق على صفته ، فكـان له الرد ، كما لو رده بقضاء قاض[٤].

قالوا : رجع المبيع اليه بقبوله ، فأشبه اذا اشتراه[٥].

---

(٣) الهداية جـ٦ ص٢١ ، التبيين جـ٤ ص٣٧ ، مجمع الانهر جـ٢ ص٤٨ .
وأما المالكية فقالوا : اذا باعه المشترى لبائعه بمثل الثمن الأول أو بأكثر وكان البائع الاول قد دلس فلا رجوع لاحد منهما على صاحبه والا بان لم يدلس فله رده على المشترى الاول بذلك العيب
وأنظر تفصيل ذلك فى : الشرح الصغير جـ٢ ص٦٠ ، الجواهر جـ٢ ص٤٤ شرح المنح جـ٢ ص٦٥٤ .
ولم أقف على قول ابن حزم فى هذه المسألة صريحا الا انه رد على الحنفية فى تقسيمهم فيما لو رده بقضاء أو بغير قضاء كما رد على المالكية أيضـــا ، والظاهر والله أعلم انه يقول بجواز رده على البائع كما هو قول الشافعية أنظر المحلى جـ٩ ص٧٣٨ و ص٧٣٩ .

(٤) حيث يجوز له الرد به قطعا .
بجامع الرد بعيب لم يرض به وهو باق على صفته لم يدخله عيب فى كل مـــن الاصل وهو مالو رده بقضاء قاض ، والفرع وهو مالو رده بنفسه من غير قضاء .
ولما كان حكم الاصل جواز رد المبيع لبائعه اذا قضى به قاض كان حكـــم الفرع كذلك فيجوز رد المبيع لبائعه أيضا وان لم يقض به قاض .

(٥) حيث لا يجوز له رده بعد ذلك الى البائع الأول .
بجامع دخول المبيع فى ملكه بقبوله فى كل من الاصل وهو مالو اشترى البائع المبيع ، والفرع وهو مالو رده عليه المشترى .
ولما كان حكم الاصل عدم جواز رده فيه على البائع الاول ، كان حكم الفـــرع كذلك فلا يرده المشترى الاول على البائع الأول أيضا لذلك .

قلنا : الرد لا يحتاج الى القبول عندنا (٦) ، فلا يصح الوصف (٧) ، ثم يبطل به اذا وهبه ثم رجع فيه بغير قضاء (٨) ، وفى الأصل وجهان (٩) ، وان سلم فلأنه (١٠) استدرك الظلامة وهاهنا (١١) لم يستدرك (١٢) .

* مسألة (٥١) : اذا باع بشرط البراءة من العيب (١) ، ففيه أقوال : أحدها : لا يبرأ ، والثانى : لا يبرأ الا من عيب باطن فى الحيوان لم يعلم به (٢) ، والثالث : انه يبرأ من الجميع (٣) . / ١٣٩ ش .

---

(٦) أنظر المنهاج ص ٤٨ : ولو حدث عنده - أى المشترى - عيب سقط الرد قهرا . أهـ أى ولو لم يحدث عيب جديد عند المشترى لرده على البائع قهرا بالعيب القديم .

(٧) أى ما جعلتموه علة وهو رجوع المبيع الى البائع بقبوله .

(٨) حيث يصح رجوعه بغير قضاء مع انه رجع اليه بقبوله .

(٩) أى فى شراء البائع ما رده المشترى . أصحهما انه لا يجوز ، الثانى : انه يجوز . ومحل الخلاف فيه هو ما اذا باعه بغير جنس الثمن أو بزيادة أو نقص أو تفاوت صفة والا فهو اقالة بلفظ البيع . أنظر شرح المحلى جـ٢ ص ٢١٢ والتى تليها .

(١٠) أى القول بصحة شراء البائع ما رده المشترى .

(١١) أى فيما اذا كانت السلعة معيبة ، واراد المشترى ردها على البائع فاشتراها البائع منه .

(١٢) أى الظلامة لان البائع سيشتريها من المشترى بثمنها معيبة ، فيكون المشترى قد تحمل العيب هو .

وهذا فارق بين الاصل والفرع يبطل به قياسهم المذكور .

(١) كأن يقول البائع للمشترى : بعتك هذه السلعة وانا برئ من أى عيب تقف عليه فيها وان كان قديما ، أى فليس لك الرد به .

(٢) سقط لفظ (لم يعلم به) من نسخة ((ب)) .

(٣) المختصر ص ٨٤ وقد نص الشافعى فيه على ترجيح القول الثانى هنا . الام جـ٣ ص ٧٠ . ونص فى المنهاج ص ٤٨ أيضا على أنه : الاظهر . =

وهو مذهب أبى حنيفة .(٤)

لنا : ماروى عقبة بن عامر(٥) أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : (المسلم

= وقد زاد فى الوجيز جـ١ ص١٤٣ قولا رابعا وهو انه يصح العقد ويلغو الشرط .

وبالاول أعنى عدم البراءة يقول الحنابلة أيضا : شرح المنتهى جـ٢ ص١٦٥ كشاف القناع جـ٣ ص ١٨٥ . وقد ذكر فى المغنى جـ٤ ص ١٣٥ عن أحمد ثلاث روايات : البراءة وعدمها والتفصيل : يبرأ من كل عيب لم يعلمه ولا يبرأ من عيب علمه ، الا انه لم يخص به الحيوان من غيره .

وذهب المالكية الى جواز بيع البراءة من كل عيب لا يعلمه فلا يقوم الا بما علمه البائع وكتمه . أنظر القوانين ص٢٩١ . الجواهر جـ٢ ص ٥٠ . شرح المنح جـ٢ ص ٦٨٢ .

وذهب ابن حزم الى تحريم البيع بالبراءة وقال : والبيع هكذا فاسد مفسوخ أبدا . أهـ المحلى جـ٩ ص ٦٧٥ .

(٤) فى نسخة ((ب)) : وهو قول أبى حنيفة .

ومحل البراءة فيه ما اذا كان العيب سابقا على العقد ، فان حدث بعده وقبل القبض برئ منه أيضا عند الامام وعند أبى يوسف ، وقال محمد وزفر لا يدخل الحادث بعد العقد وقبل القبض فى الابراء . لان البراءة تتناول الثابت فقط .

وهو قول أبى يوسف فى الرواية الثانية عنه .

أنظر الهداية جـ٦ ص ٣٨ وص ٤٠ مع فتح القدير عليه . التبيين جـ٤ ص٤٣ مجمع الانهر جـ٢ ص ٥٢ .

(٥) هو عقبة بن عامر الجهنى . له خمسة وخمسون حديثا ، روى عنه جابر وابن عباس وغيرهما اختط مدينة البصرة ، وولى مصر لمعاوية ، وحضر معه بصفين ، وولى غزو البحر ، كان رضى الله عنه فصيحا شاعرا مفوها ، كاتبا قارئا لكتاب الله عالما به ، توفى بمصر سنة ثمان وخمسين ، روى له الجماعة . أنظر الخلاصة ص ٢٦٩ . الحلية جـ٢ ص٨ .

أخو المسلم لا يحل لمسلم باع من أخيه بيعا علم فيه عيبا الا بينه له) [٦] ، ولانــه خيار ثبت لفسخ [٧] البيع فلم يجز اسقاطه فى العقد [٨] ، كخيار الرؤية [٩] ، أو ابــراء

---

(٦) رواه ابن ماجه جـ٢ صـ ٧٥٥ باب من باع عيبا فليبينه . رقم/ ٢٢٤٦ .
ورواه البيهقى جـ٥ ص٣٢٠ باب ماجاء فى التدليس وكتمان العيــب بالمبيع . وسكت عنه .
ورواه الحاكم فى المستدرك ثم قال : هذا حديث صحيح على شــرط الشيخين ولم يخرجاه . أهـ
المستدرك جـ٢ ص٨ .
وتابعه عليه السبكى فى المجموع جـ١١ ص٢٧٠ فقال : فاما حكمه بصحته فصحيح ، لان رواته كلهم ثقات من رجال الصحيح ، ولا يظهر فيه علة مانعة أهـ وا ستدرك عليه القول بأنه على شرط الشيخين ثم قال : هذا الحديث على شرط مسلم لان الرجلين المذكورين - يعنى يحيى بن أيوب الغافقــى وعبد الرحمن بن شماسة - أخرج لهما مسلم - أى دون البخارى - والباقون متفق عليهم . أهـ .
ورواه البخارى جـ٢ ص٧ باب اذا بين البيعان ولم يكتما ونصحا ، موقوفــا معلقا على عقبه ، فقال : وقال عقبة بن عامر: لا يحل لامرئ يبيع سلعة يعلم ان بها داء الا أخبر به . أهـ .
قال السبكى : وذلك لا يقدح فى رواية من رواه مرفوعا ، وعقبة افتى بذلــك بمقتضى الحديث الذى سمعه من النبى صلى الله عليه وسلم . أهـ .

(٧) فى نسخة ((ب)) : يثبت . /أى ان خيار العيب خيار ثابت بحكم الشــرع ، فلا يجوز للبائع اسقاطه .

(٨) فى نسخة ((ب)) : من العقد .

(٩) حيث لا يجوز للمتعاقدين اسقاطه فى العقد ، ولو اسقطاه لا يسقط .
بجامع انه خيار يثبت لفسخ العقد فى كل من الاصل وهو خيار الرؤية والفرع وهو خيار العيب .
ولما كان حكم الاصل عدم جواز اسقاطه فى العقد ، كان حكم الفرع كذلــك فلا يجوز للمتعاقدين اسقاط خيار العيب أيضا لذلك .

من عيب لم يعلم به ، فأشبه اذا ابرأه من عيب يحدث بعد العقد ، وقبل القبض ، (١٠) أو خيار فسخ (١١) يقتضيه العقد شرط نفيه من العقد ، فبطل به العقد ، كما لو شرط في السلم انه لا يفسخ اذا انقطع المسلم فيه ، (١٢) ولانه شرط مرفق في البيع ، فلم يصح مع جهالة يمكن الاحتراز منها في الغالب ، كرهن مجهول واجل مجهول. (١٣)

---

(١٠) حيث لا يبرأ منه اذا وقف عليه المشترى .

والجامع فى القياس المذكور هو انه ابراء من عيب لم يعلم به فى كل من الاصل وهو مالو ابرأه من عيب يحدث بعد العقد وقبل لقبض ، والفرع وهو مالو شرط البراءة من العيب فى المبيع . ولما كان حكم الاصل عدم صحة الابراء من عيب يحدث بعد العقد وقبل القبض ، كان حكم الفرع كذلك فلا يصح ابراؤه من عيب لم يعلم به أيضا لذلك .

(١١) فى نسخة ((ب)) : وخيار . /بواو العطف بلا همزة . وهو خطأ .

(١٢) حيث لا يصح ذلك الشرط .

بجامع انه خيار فسخ يقتضيه العقد شرط نفيه من العقد فى كل من الأصل وهو مالو شرط فى السلم انه لا يفسخ العقد اذا انقطع المسلم فيه ، والفرع وهو مالو شرط عليه البراءة من العيب فى المبيع ، ولما كان حكم الاصل بطلان عقد السلم بذلك الشرط ، كان حكم الفرع كذلك فيبطل عقد البيع بشرط البراءة من العيوب فى المبيع أيضا لذلك .

(١٣) حيث لا يصح العقد مع الجهالة فيهما .

بجامع انه شرط مرفق فى البيع فى كل من الاصل وهو الرهن المجهول والاجل المجهول والفرع وهو البراءة من عيوب لم يعلمها البائع ، ولما كان حكم الاصل هو عدم صحة الرهن المجهول والاجل المجهول لامكان الاحتراز منه فى الغالب ، كان حكم الفرع كذلك فلا يصح شرط البراءة من عيوب مجهولة لم يعلمها البائع أيضا لذلك .

قالوا : روى ان عبد الله بن عمر (١٤) باع غلاما بثلاثمائة درهم بالبراءة، فقال الذى ابتاعه : بالعبد داء، ولم تسمه لى. (١٥) فاختصما الى عثمان بن عفان (١٦)، فقال الرجل : باعنى عبدا وبه داء لم يسمه لى، فقال عبد الله : بعته بالبراءة فقضى عثمان على عبد الله أن يحلف : لقد باعه بالبراءة ومابه داء يعلمه، فأبى عبد الله أن يحلف، وارتجع العبد، وباعه (١٧) بألف وخمس مائة درهم. (١٨)

قلنا : هذا يدل على البراءة مما لم يعلم فى الحيوان (١٩)، وعندنا يجوز ذلك فى احد الأقوال (٢٠) ثم هذا (٢١) قول واحد من الصحابة. (٢٢)

---

(١٤) أنظر ترجمته فى المسألة رقم (٤) هامش (٣) .

(١٥) فى نسخة ((ب)) : ولم يسمه . / مع حذف الجار والمجرور بعده .

(١٦) أنظر ترجمته فى المسألة رقم (١) هامش (٣٨) .

(١٧) فى نسخة ((ب)) : فباعه .

(١٨) رواه مالك فى الموطأ ص ٢٧٣ باب بيع البراءة . رقم / ٧٧٤ ولكنه قال : بثمانمائة مع فروق يسيرة جدا لا تحيل المعنى .
ورواه عبد الرزاق بنحوه جـ٨ ص ١٦٣ باب البيع بالبراءة ولا يسمى الداء وكيف ان سما بعد البيع . رقم / ١٤٧٢٢ .
ورواه البيهقى جـ٥ ص ٣٢٨ باب بيع البراءة ووصفه بأنه أصح ما روى فى هذا الباب.
وقد نص ابن حجر على أن المشترى كان زيد بن ثابت.
كما ذكر عن ابن الصباغ زيادة : ان ابن عمر كان يقول : تركت اليمين لله فعوضنى الله عنها . أهـ التلخيص جـ٣ ص ٢٤ رقم / ١١٩٨ .

(١٩) اذ الحديث نص فيه وهو العبد هنا .

(٢٠) المختصر ص ٨٤ . وأنظر هامش رقم (٢) من هذه المسألة .

(٢١) فى نسخة ((ب)) . ثم هو .

(٢٢) وهو ابن عمر ، أى وقد خالفه غيره من الصحابة كعثمان بن عفان ، وليس قول ابن عمر بأولى من قوله .

قالوا : عيب يثبت به الخيار ، فجاز ان ينعقد البيع غير موجب للخيار به ، كما لو وقفه عليه[٢٣]، وكالعيب الباطن فى الحيوان.[٢٤]

قلنا : اذا أوقف عليه ، فقد علمه ، واذا لم يقف عليه فقد جهله ، وحكم الامرين مختلف ، كما قلنا فى الرهن والاجل[٢٥]، والعيب الباطن فى الحيوان غير مسلم[٢٦]، ثم ذاك[٢٧] لا يمكن الوقوف عليه لانه يغتذى[٢٨] مع الصحة والسقم ،

---

(٢٣) أى أعلمه به .

(٢٤) حيث يبرأ به من العيب فيهما . والجامع فى القياس المذكور هو انه عيب يثبت به الخيار فى كل من الاصل وهو مالو اطلع البائع المشترى على العيب ، والبراءة من العيب الباطن فى الحيوان ، والفرع وهو مالو شرط البراءة من العيب فى المبيع . ولما كان حكم الاصل هو صحة البراءة من العيب فيمالو أعلم البائع المشترى بالعيب أو تبرأ من العيب الباطن فى الحيوان كان حكم الفرع كذلك فيبرأ من العيب فى المبيع أيضا لذلك .

(٢٥) أى مالو رهنه بمجهول أو الى اجل مجهول . اذ يمكن تصحيح العقد بازالة الجهالة فيه .

(٢٦) أى لا نسلم جواز بيع البراءة من عيب باطن فى الحيوان اذ لا يجوز عندنا .

(٢٧) أى العيب الباطن فى الحيوان على فرض التسليم بجواز البيع بشرط البراءة منه .

(٢٨) فى المختصر ص ٨٤ : لانه لا يفتدى بالصحة والسقم . أهـ وفى الام جـ٣ ص ٧١ : قال : فكان يعترى بالصحة والسقم . أهـ .

وفى كليهما تحريف . والصواب ماهاهنا .

وتحول طبائعه (٢٩)، فعفى عن الجهالة به (٣٠)، كطى الابار وأساس الحيطان (٣١).

قالوا : اسقاط حق ليس فيه تسليم ، فجاز مع الجهالة ، كالطلاق والعتاق (٣٢).

قلنا : الوصية فيها التسليم ، ويجوز مع الجهالة ، فلم يؤثر الوصف (٣٣)،

---

(٢٩) فى نسخة ((ب)) : وتحول طباعه ./ وزاد فى المختصر ص ٤٨٤ فقلما يبرأ من عيب يخفى أو يظهر .أهـ .

(٣٠) سقط لفظ (به) من نسخة ((ب)) .

(٣١) حيث يجوز بيع الابار والحيطان من غير معرفة اطواء الابار وأساس الحيطان .

بجامع عدم امكان الوقوف عليه فى كل من الاصل وهو طى الابار وأساس الحيطان ، والفرع وهو العيب الباطن فى الحيوان ، ولما كان حكم الاصل العفو عن الجهالة فى طى الآبار وأساس الحيطان ، كان حكم الفرع كذلك فيعفى عن العيب الباطن فى الحيوان أيضا لذلك .

(٣٢) حيث يصح مع الجهل بعين المطلقة كقوله : احدى نسائى طالق . وكذا يصح مع الجهل بعين العبد المعتق .

بجامع ان كلا اسقاط حق ليس فيه تسليم ، اما الاصل فهو الطلاق والعتاق واما الفرع فهو البيع بالبراءة من العيب . ولما كان حكم الاصل جواز الطلاق والعتاق مع الجهل بعين المطلقة والمعتقة كان حكم الفرع كذلك ، فيجوز البيع بالبراءة من العيب مع الجهل بعينه أيضا لذلك .

(٣٣) وهو كون البيع بالبراءة فيه اسقاط حق ليس فيه تسليم ، وانما لم يؤثر هذا الوصف لان عين الحكم وهو الجواز مع الجهالة موجود فيما فيه التسليم ثم يجوز مع الجهالة .

والطلاق والعتاق أصلان مخصوصان بالسراية والتغليب ،(٣٤) والبراءة ، من حقوق البيع ،فاعتبر فيه نفى الجهالة كالرهن والأجل(٣٥) .

* مسألة (٥٢) : لا يجوز الابراء عن الدين المجهول(١) . / ١٤٠ ى .

---

(٣٤) أى لهما قوة وفعالية فى النفاذ فلم يؤثر الجهالة فيهما . ولا كذلك البيع. واذ قد ثبت ان بين الاصل والفرع فى قياسهم المذكور فارقاً ، ثبت بطلانه .

(٣٥) حيث يعتبر فيها العلم بالمرهون واجله .
بجامع ان كلا من حقوق العقد ، اما الاصل فهو الرهن والاجل ، واما الفرع فهو شرط البراءة من العيب فى المبيع ، ولما كان حكم الاصل هو عدم جوازه مع الجهالة فى الرهن والاجل كان حكم الفرع كذلك فلا يجوز شرط البراءة من كل عيب علمه أو لم يعلمه فى المبيع لاشتماله على البراءة من عيوب مجهولة لدى البائع أيضا لذلك .

(١) وتتبنى هذه المسألة على : هل لابراء اسقاط أو تمليك ؟ هما قولان للشافعية ،أصحهما فى الابراء مما يجهله المبرئ انه تمليك فلا يصح .
أنظر اشباه السيوطى ص١٧١ القاعدة الثامنة .
وفى مغنى المحتاج جـ٢ ص ٢٠٢ : والابراء من العين باطل جزما ، وكذا من الدين المجهول جنسا أو قدرا أوصفة باطل فى الجديد ، لان البراءة متوقفة على الرضا ،ولا يعقل مع الجهالة ، والقديم انه صحيح ، لانه اسقاط محض كالاعتاق .أهـ .

ويشبه أن يكون المالكية قائلون به أيضا لانهم لا يجيزون الصلح على الغرر، فأولى أن لا يجوز على مجهول اذن .
أنظر : الشرح الكبير جـ٣ ص٣١٧ . الجواهر جـ٢ ص ١٠٤ . شرح المنح جـ٣ ص٢٠١ .
واليه ذهب ابن حزم فى الصلح ،أنظر المحلى جـ٨ ص١٦١
ومثله الاقرار والله أعلم .

وقال أبو حنيفة : يجـــوز.(٢)

لنـــا : أنه(٣) ازالة ملك لا يصح تعليقه على الصفات ، فلم يصح مع الجهالة ، كالبيع والهبة .(٤)

قالوا : روت ام سلمة(٥) ان رجلين اختصما الى النبى صلى الله عليه وســـلم

---

(٢) مجمع الانهر جـ٢ ص ٣١١ . التبيين جـ٥ ص ٣٢ . فتح القدير جـ٦ ص ٣٩ .
وهو قول الحنابلة ، ومحله اذا كان الدين مما لا يمكن معرفته ، بـــأن نسيه أحدهما أوكلاهما .

أنظر : شرح المنتهى جـ٢ ص ٢٦٣ . كشاف القناع جـ٣ ص ٣٨٤ . المحرر جـ١ ص ٣٤٢ فى أبواب الصلح .

(٣) فى نسخة ((ب)) : لنا هو انه .

(٤) حيث لا يصح بيع المجهول وهبته .
بجامع انه ازالة ملك لا يصح تعليقه على الصفات فى كل من الاصل وهـــو البيع والهبة ، والفرع وهو الابراء من الدين المجهول . ولما كـــان حكم الاصل هو بطلان البيع والهبة المجهولين ، كان حكم الفـــرع كذلك فلا يصح الابراء من الدين المجهول أيضا لذلك .

(٥) هى هند بنت أبى أمية بن المغيرة بن عبد الله بن عمرو بن مخزوم القرشية أم المؤمنين تزوجها النبى صلى الله عليه وسلم فى جمادى الآخرة ســـنة أربع وقيل ثلاث ، وكانت صاحبة عقل بالغ ورأى صائب ، وقال الواقدى : ماتت فى شوال سنة تسع وخمسين .

وقال ابن حبان : ماتت فى آخر سنة احدى وستين ، قال أبو نعيم : ماتـــت سنة اثنتين وستين ، وهى آخر امهات المؤمنين موتا . أنظر الاصابـــة : جـ٤ ص ٤٥٨ .

في مواريث تدارست[٦] ، فقال صلى الله عليه وسلم : استهما وتوخيا[٧] الحق ، وليحلل كل واحد منكما صاحبه[٨] .

---

(٦) سقطت كلمة (تدارست) من نسخة ((ب)) ٠ / أي انطمست معالمها وحدودها . تقول : درس الرسم اذا عفا ، وبابه دخل . أنظر المختار ص ٢٠٢٠

(٧) في نسخة ((ب)) : وتواخيا ٠ / في المختار ص ٧١٤ : توخى - بتشديد المعجمة - مرضاته : تحرى وقصد . أهـ .

(٨) رواه أبو داود جـ٣ ص ٣٠١ كتاب الاقضية . باب في قضاء القاضي اذا أخطأ رقم / ٣٥٨٤ ولفظه عن أم سلمة قالت : أتى رسول الله صلى الله عليه وسلم رجلان يختصمان في مواريث لهما لم تكن لهما بينة الا دعواهما ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم ، فذكر مثله - يعني قوله : انما أنا بشر مثلكم وانكم تختصمون الي ولعل بعضكم ان يكون ألحن بحجته من بعض ، فاقضي له على نحو ما اسمع منه فمن قضيت له من حق أخيه بشيء فلا يأخذ منه شيئا فانما اقطع له قطعة من النار - فبكى الرجلان وقال كل واحد منهما : حقي لك . فقال لهما النبي صلى الله عليه وسلم : اما اذ فعلتما ما فعلتما فاقتسما وتوخيا الحق ثم استهما ثم تحالا . أهـ

وفي رواية / ٣٥٨٥ قال : يختصمان في مواريث واشياء قد درست فقال : اني انما اقضي بينكم برأي فيما لم ينزل علي فيه . أهـ ولم يتعقبه المنذري ، أنظر مختصر سنن أبي داود جـ٥ ص ٢١٠ رقم / ٣٤٤٠ ورواه أحمد في المسند جـ٦ ص ٣٢٠ .

وأصل الحديث في الصحيحين .

وأنظر البخاري جـ٤ ص ٢٤١ كتاب الأحكام . باب من قضى له بحق أخيه فلا يأخذه .

وأنظر مسلم جـ٣ ص ١٣٣٧ كتاب الأقضية . باب الحكم بالظاهر واللحن بالحجة . رقم / ٥ .

قلـنا : توخى الحق ان يعلم ماله ثم يحله منه (٩) .

قالوا : روى ان خالد بن الوليد (١٠) قتل قوما اعتصموا بالسجود ، فبعـث النبى صلى الله عليه وسلم عليا (١١) ومعه مال ، ففداهم حتى بلغ ميلغة (١٢) الكلـب ، وفضل معه مال ، وقال (١٣) : خذوا هذا عما لا تعلمونه ولا يعلمه رسول اللـه صلى الله عليه وسلم ، فبلغ ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فسر به (١٤) .

---

(٩) فى نسخة ((ب)) : ثم يحلله منه . / أي وفى الابراء من الدين المجهـول لم يعلم ماله عليه من الحق ، كى يبرئه منه .

(١٠) هو خالد بن الوليد بن المغيرة بن عبد الله بن عمرو بن مخزوم المخزومى أبو سليمان ، سيف الله ، أسلم فى صفر سنة ثمان ، وشهد غزوة مؤتـة ، وكان الفتح على يديه ، له ثمانية عشر حديثا ، عمل على اليمن فى أيـام النبى صلى الله عليه وسلم ، وقاتل أهل الردة ، مات سنة احدى وعشـرين ، بحمص وقيـل بالمدينة . أنظر الخلاصة ص ١٠٣ .

(١١) سقط لفظ (عليا) من نسخة ((ب)) : وأنظر ترجمته فى المسألة رقـم (٤٠) هامش (١١) .

(١٢) بكسر الميم فياء ساكنة ، وهى الاناء الذى يلغ فيه الكلب ، والمقصـود انه اعطاهم قيمة كل ما ذهب لهم حتى قيمة الميلغة . أنظر النهايـة : جـ ٥ ص ٢٢٦ .

(١٣) فى نسخة ((ب)) : فقال .

(١٤) فى الفتح جـ ٨ ص ٥٨ : وزاد الباقر - يعنى على رواية البخارى جـ ٤ ص ٢٤٢ كتاب الأحكام باب اذا قضى الحاكم بجور أو خلاف أهل العلم فهـو رد ، عن ابن عمر قال بعث النبى صلى الله عليه وسلم خالد بن الوليد الـى بنى جذيمة - بفتح فكسر على وزن فعيلة - فلم يحسنوا ان يقولوا اسلمنـا فقالوا صبأنا صبأنا ، فجعل خالد يقتل ويأسر ودفع الى كل رجل منـا اسيره فأمر كل رجل منا أن يقتل أسيره فقلت : والله لا اقتل أسـيرى =

قلـــنا : لم يكن هناك ابراء على الحقيقة ، لان الاعتصام بالسجود لا يســقط القتل ، وانما تبرع النبى صلى الله عليه وسلم بما فعل .

قالوا : اسقاط حق لا يفتقر الى التسليم ، فصح مع الجهالة ، كالطـــلاق والعتاق (١٥) .

قلــنا : لو قال : اعتقت أو طلقت احداهما ، جاز ولو قال : ابــرأت احد هذين ، (١٦) لم يجز ، (١٧) ولان ذلك يصح (١٨) تعليقه على الصفات ، فهو كالوصية ، (١٩)

= ولا يقتل رجل من أصحابى اسيره فذكرنا ذلك للنبى صلى الله عليه وسـلم فقال : اللهم أنى أبرأ اليك مما صنع خالد بن الوليد مرتين . أهـ ـ فــى روايته : ثم دعا رسول الله صلى الله عليه وسلم عليا فقال : اخرج الــى هؤلاء القوم واجعل امر الجاهلية تحت قدميك فخرج حتى جاءهـــم ومعه مال فلم يبق لهم أحد الا وداه . أهـ ولم يذكر غير ذلك مما ذكـره المصنف .

(١٥) حيث يصحان مع الجهل بعين المطلقة والمعتق .
بجامع انه اسقاط حق لا يفتقر الى التسليم فى كل من الاصل وهو الطـــلاق والعتاق والفرع وهو الابراء من الدين ، ولما كان حكم الاصل هو صحـــة ايقاع الطلاق والعتاق مع جهالة عين من وقعا عليه ، كان حكم الفـــرع كذلك فيصح الابراء من الدين المجهول أيضا لذلك .

(١٦) أى المدينين .

(١٧) أى ان بين الابراء وبين الطلاق والعتق فرقا فلا يصح قياس أحدهما علــى الآخر .

(١٨) أى الطلاق والعتاق .

(١٩) حيث يصح تعليقها على الشروط المستقبلة مع الجهالة .
بجامع صحة تعليقه على الصفات فى كل من الاصل وهو الطلاق والعتـاق والفرع وهو الوصية . ولما كان حكم الاصل هو صحة الوصية مع الجهالـــة . كان حكم الفرع كذلك فيصح الطلاق والعتاق مع الجهالة أيضا لذلك .

وهذا لا يصح (٢٠)، فهو (٢١) كالهبة (٢٢).

قالوا : ابراء من مجهول - فأشبه اذا قال : ابرأتك من درهم الى مائة، وهو لا يعلم ماله (٢٣)

قلنا : الذى تناوله الابراء فى الاصل (٢٤) معلوم (٢٥)، لانه يصير كأنه ابراء من درهم درهم الى مائة فيدخل المبرأ فيه، وهذا (٢٦) ابراء مجهول، فلم يصح (٢٧).

---

(٢٠) أى الابراء من الدين المجهول .

(٢١) فى نسخة ((ب)) : وهذا لا يصح تعليقه على الصفات. /ومثال تعليقه على الصفة ان يدعى على رجل ان له عليه ألف درهم صحاحا فيقر له بها ثم يصالحه على خمسمائة مكسرة، فيصح الصلح ولا تلزمه المكسرة، بل تجب له خمسمائة صحاحا لان الصحة صفة فلا يصح الابراء منها . أنظر المجموع : جـ١٢ ص٣٩١ .

(٢٢) حيث لا يصح الهبة بمجهول .
بجامع عدم جواز التعليق على الصفات، فى كل من الاصل وهو الهبة، والفرع وهو الابراء من الدين .
ولما كان حكم الاصل عدم صحة الهبة بمجهول، كان حكم الفرع كذلك فلا يصح الابراء من الدين المجهول أيضا لذلك .

(٢٣) حيث لا يصح ابراؤه منه .
بجامع الابراء من مجهول فى كل من الاصل وهو مالو قال ابرأتك من درهم الى مائة وهو لا يعلم ماله، والفرع وهو مالو ابرأه من دين مجهول ولما كان حكم الاصل عدم صحة الابراء فى قوله ابرأتك من درهم الى مائة وهو لا يعلم ماله، كان حكم الفرع كذلك فلا يصح الابراء من الدين المجهول - أيضا لذلك .

(٢٤) أى المقيس عليه فى قياسهم وهو مالو قال : ابرأتك من درهم الى مائة وهو لا يعلم ماله .

(٢٥) فى نسخة ((ب)) : الدين تناوله الابراء فى الاصل وهو معلوم .

(٢٦) فى نسخة ((ب)) : وهذا ابراء من مجهول . /والاشارة عائدة الى الابراء من الدين المجهول .

(٢٧) أى وبهذا الفارق بين الاصل والفرع يبطل قياسهم المذكور.

" مسـائل المرابحـة (*) "

* مسألة (٥٣) : لا تلحق الزيادة بالثمن والصداق (١) . / ١٤٠ ش .

(*) في المصباح جـ١ ص٢٣٠ : بعته المتاع واشتريته منه مرابحة اذا سميت لكل قدر من الثمن ربحا . أهـ .
وفي مغني المحتاج جـ٢ ص٧٦ : والمرابحة وهي مفاعلة من الربح وهو الزيادة على رأس المال . أهـ .
وعرفها المصنف في المهذب جـ١ ص٢٨٨ بانها : ان يبين رأس المال وقدر الربح .
- ومثل لذلك - بأن يقول : ثمنها مائة وقد بعتكها برأس مالها وربح درهم في كل عشرة . أهـ .
والمفاعلة في المرابحة ليست على بابها وهو دوران الفعل بين اثنين ، وانما اطلقت عليها تجازوا كسافر وعافاه الله وعاقبت اللص ، ونحو ذلك . أنظر الجواهر جـ٢ ص٥٦ .
وقد روى عن الامام أحمد كراهة البيع بالمرابحة ، كما رويت كراهته أيضا عن ابن عمر وابن عباس ومسروق والحسن البصري وعكرمة وسعيد بن جبير وعطاء بن يسار .
ومنع جوازها اسحاق بن راهويه .
ورخص فيه كل من سعيد بن المسيب وابن سيرين وشريح والنخعي والثوري والشافعي وأصحاب الرأى وابن المنذر . أنظر المغني جـ٤ ص١٣٦ .
وروى ابن حزم عن ابن عباس قوله : هو ربا . وروى مثله عن ابن عمر أيضا ، وعن عكرمة النص على تحريمه ، وكرهه الحسن ومسروق .
واجازه ابن مسعود اذا لم يأخذ على النفقة ربحا . أنظر المحلى جـ٩ ص٦٢٦ .

(١) المقصود ان شخصا لو اشترى سلعة ، ثم ألحق البائع في الثمن زيادة أو حط عن المشتري منه شيئا ، وقلنا ان ذلك الفعل جائز ، فهل تلحق هذه الزيادة أو الحطيطة بالثمن فيخبر بها في المرابحة أم لا تلحق . نظرت =

وقال أبو حنيفة : تلحق.(٢)

لنا : هو ان من لزمه المسمى في العقد ، لم يلزمه الزيادة بعد الانبرام ، كالشفيع،(٣) يؤكده ان الشفيع تابع للعاقد في مقدار الثمن ، فلو لزم في حق

= فان كانت الزيادة أو الحط بعد لزوم العقد لم تلحق بالثمن ، وان كانت قبل لزوم العقد بان كانت في مدة الخيار لحقت بالثمن وأخبر بها .
أنظر فتح العزيز جـ٩ ص١٠ . المجموع جـ١٢ ص٢١ . مغني المحتاج : جـ٢ ص٧٨ .
وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى جـ٢ ص ١٨٤ . كشاف القناع جـ٣ ص٢٢٢ المغني جـ٤ ص١٣٧ . وجعل المالكية الزيادة ثلاثة أقسام :
زيادة لها عين قائمة فتحسب مع الثمن ولها قسط من الربح كالخياطة ونحوها ، وقسم ليس لها عين قائمة كطي الثوب ونشره فلا تحسب في الثمن ولا في الربح ، وقسم يحسب في الثمن دون الربح كما لو استأجر لنقل السلعة أو نحو ذلك أجيرا .
أنظر القوانين ، ٢٨٩/ . الشرح الصغير جـ٢ ص٧٨ . الجواهر جـ٢ ص٦٥ المنتقى جـ٥ ص٤٠ .
وهو قول ابن حزم . على أن لا يبيع في المرابحة بلفظ الشرط فلا يقول اشتريته بكذا على أن تربحني للدينار درهما ، فان اسقط الشرط وقال : اشتريته بكذا ولا اربح فيه الا كذا فقد صح البيع. أنظر المحلى جـ٩ ص٦٢ و ص٦٢٦ .

(٢) الهداية جـ٦ ص١٢٥ . تبيين جـ٤ ص٨٣ . مجمع الأنهر جـ٢ ص٧٥ .

(٣) حيث لو زاد البائع الثمن بعد لزوم البيع ، لم تلزم الشفيع لان الشفعة وجبت له بالثمن قبل الزيادة .
بجامع لزوم المسمى في العقد ، في كل من الاصل وهو الشفيع، والفرع وهو بيع المرابحة . ولما كان حكم الاصل عدم لحاق الزيادة فيه في حق الشفيع ، كان حكم الفرع كذلك فلا تلحق الزيادة بالثمن في المرابحة أيضا لذلك .

العاقد للزم في حقه ، كالولد في الاسلام (٤) ، ولان مالا يجب في حق الشفيع (٥) مع اعترافه به (٦) لم يكن ثمنا (٧) ، كالهبة ، ولان مالا يجوز الاخبار به في بيع المرابحة (٨) لم يكن ثمنا (٩) ، دليله ماذكرناه (١٠) ، ولانه زيادة شاغرة (١١) فلم تلحق بالعقد

---

(٤) حيث يتبع والده ويلحق به بعد العقد .
بجامع التبعية للعاقد في كل من الاصل وهو الولد في الاسلام ، والفرع وهو الشفيع مع العاقد ، ولما كان حكم الاصل هو تبعية الولد في الاسلام للأب بموجب عقد النكاح ، كان حكم الفرع كذلك فيتبع الشفيع العاقد بموجب عقد البيع فما لزم العاقد لزم الشفيع ومالا فلا .

(٥) وهو مازاد على الثمن الذى اشتراه به المشترى .

(٦) سقط الجار والمجرور (به) من نسخة ((ب)) .

(٧) لان الشفيع يستحق الشقص بالثمن الذى بيع به ، فما زاد عليه لا يلزمه وان اعترف به .

(٨) في نسخة ((ب)) : مع المرابحة .

(٩) والذى لا يجوز الاخبار به في بيع المرابحة هو الاخبار بغير ثمن السلعة الذى اشتريت به كأن يكون قد اشتراها بمائة ثم بعد لزوم العقد زاد للبائع عشرة فلا يجوز له اذا أراد بيعها مرابحة الاخبار بأن ثمنها مائة وعشرة لانه يكون كاذبا في ذلك .

(١٠) وهو القياس على الشفيع والهبة والولد في الاسلام .

(١١) في الاصل ونسخة ((ب)) : شاغلة . ولعل الصواب ما أثبتناه ، والمعنى ان الزيادة على الثمن والصداق بعد انبرام العقد زيادة لا في مقابلة شئ فلا يجوز .

بعد الانبرام ،كالزيادة في الدين بالرهن الواحد (١٢) ، ولانه بدل في مقابلة ماله ،فأشبه اذا اشترى ماله من وكيله (١٣) .

فان قيل : لا نسلم (١٤) ، فان العقد ينفسخ (١٥) ، ويصير الجميع (١٦) في مقابلة ماله (١٧) .

---

(١٢) بمعنى ان يرهن شيئا في دين عليه للراهن ، ثم يستزيده دينا آخر ولا يجعل في مقابلة الدين الجديد رهنا آخر فيكون عليه له دينان في مقابلة رهن واحد .

والجامع في القياس المذكور هو

أنه زيادة شاغرة في كل من الاصل وهو الزيادة في الرهن الواحد .

والفرع وهو الزيادة في الثمن والصداق في عقد المرابحة .

ولما كان حكم الاصل هو عدم لحاق الزيادة في الدين بالرهن الواحد بعد الانبرام ، كان حكم الفرع كذلك فلا تلحق الزيادة في الثمن والصداق بعد انبرام العقد فيهما أيضا لذلك .

(١٣) حيث لا يصح ذلك العقد لعدم ترتب اثره عليه . وهو انتقال الملك .

بجامع البدلية في مقابلة ماله في كل من الاصل وهو مالو اشترى مال نفسه من وكيله ، والفرع وهو مالو ألحق زيادة في الثمن أو الصداق .

ولما كان حكم الاصل هو عدم صحة شرائه ماله من وكيله كان حكم الفرع كذلك فلا يصح الحاق الزيادة بالثمن والصداق أيضا لذلك .

(١٤) أي لا نسلم أن الزيادة في الثمن أو الصداق بدل في مقابلة ماله .

(١٥) أي بالحاق الزيادة .

(١٦) أي من الثمن والصداق والزيادة فيهما .

(١٧) أي فلا تكون الزيادة بدلاً في مقابلة ماله حتى يقال انه باع مال نفسه من نفسه .

قيـــل : لو كان كذلك لم يصح بعد اتمام العقد (١٨)، ولجاز للشفيع (١٩) أن يأخذ اذا عفا عن (٢٠) الشفعة في الأول ، ولوجب أن يخبر به في المرابحة (٢١). ولوجـــب أن تلزم الشفيع (٢٢). ولان مالا يتصف بالطلاق قبل الدخول ، لم يكن مهــــرا ، كالخمر والخنزير (٢٣).

قالوا : حالة تجوز التصرف في العقد (٢٤) بالفسخ ، فجاز الحاق الزيادة بـــه كمدة الخيار (٢٥)،

قلـــنا : الرهن يجوز التصرف فيه بالفسخ ، ولا يجوز الزيادة في دينــــه (٢٦)،

---

(١٨) في الاصل : بعد اباق العبد ./ ولعلها تحريف . أي والحال انكم صححتم الحاق الزيادة بعد تمام العقد .

(١٩) في نسخة ((ب)) : وللجاز ./ بزيادة لام .

(٢٠) في نسخة ((ب)) : اذا عبا ./ وهو تحريف .

(٢١) اي والحال انكم لا توجبون عليه الاخبار عن الزيادة في المرابحة .

(٢٢) أي والحال انها لا تلزمه .

(٢٣) حيث لا يصح ان يكونا مهرا لعدم ماليتهما لنجاستهما وتحريمهما .

(٢٤) في نسخة ((ب)) : حالة يجوز التفرق فيها بالفسخ ./ وهو تحريف .

(٢٥) حيث يجوز الحاقها بالعقد بعد تمامه .

بجامع ان كلا حالة تجوز التصرف في العقد بالفسخ ، اما الاصل فهــو مدة الخيار واما الفرع فهو الزيادة في الثمن والصداق ولما كـــان حكم الاصل جواز الحاق مدة الخيار بالعقد بعد تمامه ، كان حكـــم الفرع كذلك فيجوز التصرف بالزيادة في الثمن والصداق بعد تمـــام العقد أيضا لذلك .

(٢٦) لانها ستكون دون مقابل في الرهن .

وفى الأصل وجهان(٢٧) وان سلم(٢٨). فلأن المبيع باق على(٢٩) ملك البائع(٣٠)، فجاز بذل العوض فى مقابلته(٣١) بخلاف هذا(٣٢)، ولان العقد لم يتم(٣٣) فاحتمل التغيير، وهاهنا(٣٤) تم، فلم يحتمل التغيير(٣٥).

قالوا : اذا جاز فرض المهر بعد العقد، فالزيادة فيه(٣٦) أولى.

قلنا : الصداق ابتداء عقد، فهو كالرهن بعد البيع(٣٧)،

---

(٢٧) وهو الحاق مده الخيار بالعقد بعد تمامه .

(٢٨) أى بجواز الحاق المدة بالعقد بعد تمامه .

(٢٩) فى الاصل : فان .

(٣٠) أى فى مدة الخيار.

(٣١) أى الزمن .

(٣٢) أى الزيادة فى الثمن والصداق ، أى فانهما ينتقلان بتمام العقد الى البائع فى الثمن ، والى المرأة فى الصداق . وبثبوت هذا الفارق يبطل قياسهم المذكور.

(٣٣) أى فى مدة الخيار .

(٣٤) أى فى الزيادة فى الثمن والصداق بعد انبرام العقد .

(٣٥) أى وهذا فارق آخر بين الاصل والفرع ، يتأكد به بطلان قياسهم المذكور.

(٣٦) أى فى المهر.

(٣٧) حيث يجوز ان يعقد الرهن بعد تمام البيع. بجامع ان كلا ابتداء عقد ، اما الاصل فهو الرهن بعد البيع ، واما الفرع فهو فرض الصداق بعد العقد . ولما كان حكم الاصل جواز الرهن بعد البيع كان حكم الفرع كذلك ، فيجوز فرض الصداق بعد النكاح أيضا لذلك .

وهذه[٣٨] زيادة في العقد ، فهو كالزيادة في الدين بالرهن الواحد[٣٩] .

قالوا : تغيير للثمن[٤٠] ، فجاز ان يلزم بعد الانبرام ، كالابراء[٤١] .

قلنا : الابراء اسقاط لا يقتضي العوض ، ولهذا لا يعتبر فيه القبول ،

وهذا أيجاب[٤٢] حق يقتضي العوض[٤٣] ، فلم يجز بعد الانبرام[٤٤] ، ولان الابراء

---

(٣٨) في نسخة ((ب)) : وهذا . / الاشارة عائدة الى الزيادة في الصداق بعد العقد .

(٣٩) حيث لا تصح زيادة الدين فيه .

بجامع ان كلا زيادة في العقد ، اما الاصل فهو الزيادة في الدين بالرهن الواحد ، واما الفرع فهو الزيادة في الصداق بعد العقد .

ولما كان حكم الاصل عدم جواز زيادة دين بالرهن الواحد ، كان حكم الفرع كذلك فلا يجوز الزيادة : في الصداق بعد العقد أيضا لذلك .

والمقصود اثبات الفارق بين الاصل وهو الزيادة والفرع وهو الصداق في قياسهم حيث القياس معها باطل ،

(٤٠) في نسخة ((ب)) : تغيير الثمن . / أي الزيادة في الثمن تغيير له .

(٤١) حيث يجوز الإبراء من الثمن بعد العقد .

بجامع التغيير للثمن في كل من الاصل وهو الابراء من الثمن والفرع وهو الزيادة فيه ، ولما كان حكم الاصل جواز الابراء من الثمن بعد العقد ، كان حكم الفرع كذلك فيجوز ان تلزم الزيادة بعد انبرام العقد فتلحق بالثمن والصداق أيضا لذلك .

(٤٢) أي الزيادة في الثمن بعد العقد .

(٤٣) في نسخة ((ب)) : يقتضي العوض والقبول .

(٤٤) لانه يؤدي الى أخذ مال الغير بدون مقابل ولا رضا ، فلا يجوز .

أي وهذا فارق بين الاصل والفرع في قياسهم فيبطل به .

يصح من جميع الثمن بعد العقد ، ولا يجوز ذكر جميع العوض بعد الانبرام.(٤٥)

* مسألة (٥٤) : لا يلحق الاجل بالبيع.(١) / ١٤٠ ش.

وقال أبو حنيفة : يلحق.(٢)

لنا : انه دين استقر(٣) معجلا فلا يتأجل كالقرض،(٤) ولانه تبرع بالانظار

فلم يلزم كامرأة العنين ، اذا انظرت زوجها ، سنة بعد مضى سنة.(٥)

---

(٤٥) لان العقد يكون قد تم على ثمن مجهول . وهذا فارق آخر بين الأصل والفرع فى قياسهم يتأكد به بطلانه.

(١) وصورته: ان يعقدا صفقة البيع ثم يدخلا عليها التأجيل بعد لزوم العقد .

أنظر المسألة فى : المجموع جـ٩ ص٣٢٠ . فتح العزيز جـ٨ ص١٩٧ . الوجيز جـ١ ص١٣٩ .

وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى جـ٢ ص١٨٤ . كشاف القناع: جـ٣ ص٢٢٢ . المحرر جـ١ ص٣٣١ .

(٢) الهداية جـ٦ ص١٣٣ . التبيين جـ٤ ص٧٨ . مجمع الأنهر جـ٢ ص٧٨ .

وهو قول المالكية : الجواهر جـ٢ ص٥٧ . شرح المنح جـ٢ ص٧١٧ .

الشرح الكبير جـ٢ ص١٦٥ . ولم أقف على قول ابن حزم فى هذه المسألة .

(٣) فى نسخة ((ب)) : اسفر / . بالفاء وهو تصحيف .

(٤) فى نسخة ((ب)) : بالفرض . / بالفاء ، وهو تحريف.

والجامع فى القياس المذكور هو انه دين استقر معجلا فى كل من الاصل وهو القرض والفرع وهو البيع.

ولما كان حكم الاصل عدم جواز تأجيل القرض بعد لزومه كان حكم الفرع كذلك فلا يجوز زيادة الاجل بعد لزوم البيع أيضا لذلك .

(٥) حيث لا يلزمها انظاره سنة أخرى بعد السنة الاولى .

بجامع انه تبرع بالانظار فى كل من الاصل وهو مالو انظرت امرأة العنين زوجها سنة بعد سنة، والفرع وهو مالو الحق الاجل بالبيع بعد العقد . =

قالوا : مرفق في البيع (٦) ، فجاز الحاقه بالعقد بعد لزومه ، كالرهن (٧) .

قلنا : الرهن حجة لنا ، لأن المشروط بعد العقد يخالف المشروط فيه ، الا ترى أنه يفسخ البيع اذا لم يف بالرهن المشروط فيه (٨) ، ولا يفسخ في المشروط بعده ، ولان الرهن يجوز فيما لم يثبت بعد (٩) من الديون ، ولا يجوز الأجل (١٠) ، ويجوز الرهن في دين القرض ، ولا يجوز الأجل (١١) ، ولان الرهن عقد منفرد (١٢) ، وهذا زيادة في العقد الأول (١٣) .

= ولما كان حكم الاصل عدم لزوم امرأة العنين الانظار في السنة الثانية كان حكم الفرع كذلك ، فلا تلزم زيادة الاجل في البيع أيضا لذلك .

(٦) أي الزيادة في الأجل .

(٧) حيث يجوز رهن المبيع بعد لزوم العقد .
بجامع ان كلا مرفق بالعقد ، اما الاصل فهو الرهن ، واما الفرع فهو الاجل في البيع بعد لزومه ، ولما كان حكم الاصل هو جواز الحاق الرهن بالعقد بعد لزوم البيع ، كان حكم الفرع كذلك فيجوز الحاق الاجل في البيع بعد لزوم العقد أيضا لذلك .

(٨) سقط لفظ (فيه) من نسخة ((ب)) .

(٩) في الاصل : بعقد . / وهو تحريف .

(١٠) أي فيما لم يثبت بعد من الديون .

(١١) أي في دين القرض . لان للمقرض استرداد مثل ماله ، من المقترض متى شاء لكونه محسنا بالاقراض ، وما على المحسنين من سبيل .

(١٢) في نسخة ((ب)) : ولان الرهن غير منفرد ، وهذا عين في العقد الأول . / والعبارة غير واضحة .

(١٣) والمقصود اثبات الفارق بين الاصل وهو الرهن والفرع وهو زيادة الاجل في البيع بعد لزوم العقد في قياسهم ، والقياس مع الفارق باطل .

* مسـألة (٥٥) : لا يحط(١) ماربح في السلعة عن(٢) الثمن في بيع المرابحة(٣). / ١٤١ ى
وقال أبو حنيفة : يحط(٤).

---

(١) في المصباح جـ١ ص١٥٢ : حططت من الدين . اسقطت ، والحطيطة فعيلة بمعنى مفعولة ، واستحطه من الثمن كذا فحطه له ، وانحط السعر : نقص . أهـ
ومنه قوله تعالى (وقولوا حطة) سورة البقرة آية / ٥٨ أى حط عنا أوزارنا واسقطها . وقيل هي كلمة أمر بها بنو اسرائيل لو قالوها لحطت عنهم أوزارهم .
أنظر المختار ص١٤٣ .
(٢) في نسخة ((ب)) : من .
(٣) أى لا يسقط ذكر ماربحه في السلعة اذا باعها مرابحة ، كما لو باع ثوبا بعشرة فربح فيه خمسة ، ثم اشتراه ، ثم باعه مرابحة ، فليخبر عن ذلك الربح المذكور .
لأن ذلك ابلغ في الصدق .
أنظر فتح العزيز جـ٩ ص١٠ . وذكره المصنف في المهذب أيضا جـ١ ص٢٨٩ .
وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى جـ٢ ص١٨٤ . كشاف القناع جـ٣ ص٢٢٣ .
وقد ذكر في المغني عن أحمد قولا آخر انه يحط الربح من الثمن ويخبر برأسماله عليه .
أنظر المغني جـ٤ ص١٤٠ .
وبه يقول المالكية : الجواهر جـ٢ ص٥٧ . شرح المنح جـ٢ ص٧١٦ . المنتقى جـ٥ ص٥١ .
(٤) خلافا للصاحبين .
أنظر : الهداية جـ٦ ص١٢٧ . التبيين جـ٤ ص٧٦ . مجمع الأنهر جـ٢ ص٧٦ .
ولم أجد لابن حزم قولا في ذلك .

لنـا : ان الربح فى بيع ، وثمن المرابحة فى غيره (٥) ، فأشبه اذا كان فـى سلعة أخرى . (٦) ولانه نقل ملك يعتبر فيه الثمن الأول ، فلا يحط ماربح فيـه كبيع التولية ، (٧) ولان مالا يحتسب له بالخسران (٨) فيه لا يحتسب عليه بالربـح فيه كبيع سلعة أخرى . (٩)

---

(٥) فى نسخة ((ب)) : فى بيع غيره .

(٦) حيث يجب عليه الاخبار بالثمن الاصل فيها .

بجامع تباين الجهة فى كل من الاصل وهو مالو باع سلعة مرابحة ثـم باع سلعة أخرى مرابحة .

والفرع وهو مالو باع سلعة فربح فيها ثم اشتراها ثم باعها مرابحة .

ولما كان حكم الاصل وجوب الاخبار فيه عن الثمن منفردا عن ثمن الاخرى ، كان حكم الفرع كذلك فيجب الاخبار عن ثمن السلعة منفردا وعن الربـح منفردا عن ثمن السلعة أيضا لذلك .

(٧) حيث يخبر فيه عن حقيقة الثمن وجوبا .

بجامع ان كلا نقل ملك يعتبر فيه الثمن الأول ، اما الاصل فهو بيـع التولية ، واما الفرع فهو بيع المرابحة . ولما كان حكم الاصل وجـوب الاخبار عن حقيقة ثمن السلعة فى بيع التولية ، كان حكم الفرع كذلك فلا يسقط ذكر ماربحه فى السلعة اذا باعها مرابحة أيضا لذلك .

(٨) فى نسخة ((ب)) : الخسران فيه . / بحذف الباء .

(٩) حيث لا يحتسب عليه بالربح فى الاولى ، اذا باع السلعة الاخرى .

بجامع عدم احتساب الخسران عليه فى كل من الاصل وهو مالو باع سلعة أخرى والفرع وهو مالو باع عين السلعة .

ولما كان حكم الاصل عدم احتساب الخسران عليه فيه ، كان حكم الفـرع كذلك فلا يحتسب الربح عليه فيه أيضا لذلك .

قالوا : ماتفرق من العقود يجمع في بيع المرابحة ، كما لو(١٠) اشترى ثوبا بعشرة ، وغرم(١١) في غسله وقصارته(١٢) ورفوه(١٣) وتطريزه(١٤) وصبغه عشرة(١٥) .

---

(١٠) سقط حرف (لو) من نسخة ((ب)) .

(١١) بوزن ضمن وعلم . أي اصابته فيه غرامة وكلفه كما تقول غرم الرجل الدية بفتح المعجمة فكسر الراء المهملة ، غرما ، بضم فسكون ، من الغرامة وهي دفع ما يلزم اداؤه . أنظر المختار ص ٤٧٣ .

(١٢) في المصباح جـ٢ ص١٦٣ : قصرت الثوب قصرا : بيضته ، والقصارة بالكسر الصناعة ، والفاعل : قصار . أهـ .

(١٣) في القاموس جـ٤ ص٣٣٦ : رفا الثوب اصلحه . أهـ .

وفي المختار ص٢٥١ : رفوت الثوب من باب عدا يهمز ولا يهمز . . . والرفاء الالتحام والاتفاق . أهـ .

(١٤) التطريز : تفعيل من الطرز والطراز وهو علم الثوب ، وهو معرب ، وجمعه طرز ككتاب وكتب ، تقول : طرزت الثوب تطريزا جعلت له طرازا تقول هذا ثوب مطرز بالذهب أو غيره . أنظر المصباح جـ٢ ص١٧ والقاموس جـ٢ ص١٨٠ .

(١٥) سقط لفظ (عشرة) من نسخة ((ب)) .

والمقصود انه ان غرم في ذلك الثوب عشرة وكان قد اشتراه بعشرة ثم اراد أن يبيعه مرابحة ، فانه يذكر ثمنه وهو عشرة وما تكلف عليه وهي العشرة الثانية الناتجة عن عدة عقود احدها شراء الثوب ثانيها غسله ثالثها قصارته رابعها رفوه خامسها تطريزه سادسها صبغه ، فيضم هذه العقود كلها في بيع المرابحة فيخبر انه اشتراها بعشرة وتكلف عليها عشرة .

قلـنا : يبطل به اذا اشترى بعشرة (١٦) وباع بخمسة ، ثم اشترى (١٧) بعشرة ، فانه لا يجمع في الخسران (١٨) ويخالف ما قاسوا عليه ، (١٩) فانه يصدق فيما يخبر به من قيام السلعة عليه ، بعشرين ، (٢٠) وهاهنا يكذب اذا قال : هي علي بخمسة. (٢١)

قالوا : يجب نفي التهمة (٢٢) في بيع المرابحة ، وفي هذا تهمة ، (٢٣) وهو انه لو علم المشتري بانه ربح (٢٤) فيه مرة ، ربما لم يرغب فيه (٢٥) .

---

(١٦) في نسخة ((ب)) : اذا اشتراه .

(١٧) في نسخة ((ب)) : ثم اشتراه بعشرة .

(١٨) في نسخة ((ب)) : فانه لا يجبر بالخسران . / ولعلها : يخبر .
والمقصود انه لا يجمع هذه العقود الثلاثة فيما اذا خسر اذ لابد من بيان ما ربح فيها منه مما خسر ، وذلك لا يتأتى في حال جمع هذه العقود مع كون هذا البيع مرابحة ، فبطلت دعواهم ان بيع المرابحة تجمع ما تفرق من العقود .

(١٩) وهو ما لو اشترى ثوبا بعشرة وغرم في غسله وقصارته ورفوه وتطريزه وصبغه عشرة .

(٢٠) عشرة لثمنها وعشرة لما غرمه فيها .

(٢١) لان الشراء الاخير كان بعشرة ، وانما أخبر انها بخمسة ليجبر خسرانه اذ باعها بخمسة .

(٢٢) أي الغش والخداع .

(٢٣) أي في بيع المرابحة مع عدم حط واسقاط الربح غش وابهام على المشتري .

(٢٤) في نسخة ((ب)) : أنه .

(٢٥) لاحتمال ان لا تباع اذا زيد في سعرها بعد ، فيكون قد سد عليه باب الربح .

قلـنا : لا تهمة في ذلك ، بل هذا[(٢٦)] مما يزيده رغبة في شرائه.[(٢٧)]

قالوا : لو قلنا انه يخبر بالجميع لجعل ذلك حيلة،[(٢٨)] فيبيعه من شريكه ، ثم يشتري منه بثمن كثير ، فيخبر به .

قلـنا : ذاك[(٢٩)] كذب وخيانة ، وهذا صدق وأمانة.[(٣٠)]

* مسألة (٥٦) : اذا اشترى عبدين جاز بيع أحدهما مرابحة.[(١)] / ١٤١ ى .
وقال أبو حنيفة : لا يجوز.[(٢)]

---

(٢٦) في نسخة ((ب)) : بل هذه .

(٢٧) لانه اذا علم انها قد طرحت من قبل في السوق وربح بائعها ازداد رغبة فيها لكونها مطلوبة للناس ومرغوبة عندهم .

(٢٨) أي عدم الاخبار بثمن السلعة وبما ربح بها مفصولا عن الثمن .

(٢٩) أي بيعها من شريكه ، ثم شراؤها منه بثمن كثير ليخبر به في المرابحة .

(٣٠) أي الأخبار عن ثمن السلعة وربحها معا بلا تفصيل .

(١) فتح العزيز جـ٩ ص١١ . المجموع جـ١٢ ص١٩ .

(٢) الهداية جـ٦ ص١٣٢ . التبيين جـ٤ ص٧٨ . وأنظر حاشية الشلبي عليه أيضا . مجمع الانهر جـ٢ ص٧٨ .
وهو قول الحنابلة : كشاف القناع جـ٣ ص٢٢١ . المحرر جـ١ ص٣٣١ ، وقد ذكر في المغني جـ٤ ص١٣٨ رواية أخرى عن أحمد بجوازها .
وبه يقول المالكية أيضا : المنتقى جـ٥ ص٥٠ . الجواهر جـ٢ ص٥٨ .
شرح المنح جـ٢ ص٧٢٠ .
ولم أقف لابن حزم على قول في هذه المسألة .

لنـــا : ان ماجاز بيعه مرابحة اذا اشترى منفردا جاز اذا اشـــترى (٣) مع غيره ، كالحبوب (٤) .

قالوا : ثمن العبد (٥) يعرف بالتقويم ، وطريقه الظن والتخمين ، وربما غلـــط المقوم فيه .

قلـــنا : الا أنه جعل كالعلم واليقين ، ولهذا يعمل به في الشـــفعة ، والرد (٦) بالعيب والقطع في السرقة (٧) ، وهو (٨) مما يسقط بالشبهة ، فأخـــذ به (٩) في المرابحة (١٠) .

---

(٣) في نسخة ((ب)) : اذا اشتراه .

(٤) حيث يجوز بيع الحبوب مرابحة ، سواء اشترى منفردا أو مع غيره .
بجامع جواز بيعه منفردا في كل من الاصل وهو الحبوب ، والفـــرع وهو الحيوان .
ولما كان حكم الاصل جواز بيعه مرابحة اذا اشترى مع غيره . كان حكـــم الفرع كذلك فيجوز بيع العبد مرابحة وان اشترى مع غيره أيضا لذلك .

(٥) في نسخة ((ب)) : قالوا : قفيز وخمسة من عشرة معلوم عادة ومشاهدة بخلاف ثمن العبد فانه يعرف بالتقويم وطريقه الظن والتخمين وربما غلط المقوم فيه .

(٦) في الاصل : والردة . / بزيادة التاء المثناة من فوق .

(٧) حيث يوكل تقويم العيب في المبيع الى أهل الخبرة ، كما يوكل أيضـــا تقييم المسروق لينظر هل يبلغ ثمنه نصاب السرقة أم لا الى أهـــل الخبرة أيضا .

(٨) في الاصل : وهما . / وهو خطأ ، فان المقام لا يقتضيه ، وانما يقتضي العود على القطع فقط ، لانه حد ، والحدود هي التي تسقط بالشبهة ، ولا كذلك المال .

(٩) أي بالظن والتخمين ، لانه جعل كالعلم واليقين .

(١٠) أي فيجوز ان يقدر ثمن أحد العبدين ويخبر به في المرابحة وان كـــان الثمن المذكور ليس معلوما لأحدهما على وجه اليقين .

* مسألة (٥٧) : اذا أخبر في المرابحة[1] بأكثر من الثمن حط الزيادة[2] وربحها ، وهل يثبت له الخيار ، فيه قولان[3] . / ١٤١ ى .

وقال أبو حنيفة : لا يحط ، بل له الخيار[4] .

لنا : هو أنه نقل ملك يعتبر فيه الثمن الاول فوجب فيه حط الزيادة كالتولية[5] والاخذ بالشفعة[6] .

---

(١) في نسخة ((ب)) : اذا أخبره .

(٢) أي التي زادها على ثمن السلعة .

(٣) المختصر ص ٨٤ وقد أثبت هنا له الخيار ، وقد ذكر القولين كليهما في الام جـ٣ ص٩٣ .
الا أنه ذكر القول بعدم حط الزيادة وربحها مع ثبوت الخيار بصيغة التمريض (قيل) .
وقال في المنهاج ص٥٠ : فالاظهر انه يحط الزيادة وربحها وانه لا خيار للمشتري . أهـ وبحط الزيادة وربحها وعدم ثبوت الخيار للمشتري يقول الحنابلة أيضا . شرح المنتهى جـ٢ ص١٨٣ . كشاف القناع جـ٣ ص٢١٩ المغني جـ٤ ص١٣٦ .
وذهب المالكية الى أن البائع لو اسقط الزيادة وربحها لزم البيع للمشتري والا فهو مخير . أنظر القوانين ص٢٨٩ . الجواهر جـ٢ ص٥٨ . الشرح الصغير جـ٢ ص٨٠ .

(٤) خلافا لابي يوسف حيث وافق الشافعي . أنظر الهداية جـ٦ ص١٢٦ وفتح القدير عليه .
التبيين جـ٤ ص٧٥ . مجمع الانهر جـ٢ ص٧٦ .
وذهب ابن حزم الى لزوم البيع وعدم حط الزائد وربحه مع تأثيم البائع . أنظر المحلى جـ٩ ص٦٢٢ .

(٥) بيع التولية : هو نقل جميع المبيع الى المولى - باسم المفعول مع تشديد اللام - بمثل الثمن المثلي أو عين المتقوم بلفظ وليتك . أهـ عميرة جـ٢ ص٢١٩ .

(٦) بجامع ان كلا نقل ملك يعتبر فيه الثمن الأول ، اما الاصل فهو بيع =

قالوا : خيانة ظهرت في بيع المرابحة ، فثبت بها الخيار من غير حط ، كما لو أخبر بتأجيل الثمن .(٧)

قلنا : الاجل مخالف للزيادة ، الا ترى ان في الشفعة والتولية لا يحط التأجيل ويحط الزيادة .(٨)

* مسألة (٥٨) : يجوز أن يبيع ما ابتاعه من بائعه(١) باقل من الثمن(٢) . /١٤١ ى

= التولية والأخذ بالشفعة ، واما الفرع فهو بيع المرابحة . ولما كان حكم الاصل وجوب حط الزيادة في الثمن في بيع التولية والأخذ بالشفعة كان حكم الفرع كذلك فيجب حط الزيادة التي أخبر بها عن ثمن السلعة في المرابحة . أيضا لذلك .

(٧) حيث يثبت للمشتري الخيار في الفسخ اذن .
بجامع ان كلا خيانة ظهرت في بيع المرابحة ، اما الاصل فهو مالو أخبر بتأجيل الثمن والحال انه كان نقدا ، واما الفرع فهو مالو أخبر بأكثر من ثمن السلعة في المرابحة . ولما كان حكم الاصل ثبوت الخيار من غير حط شيء من الثمن ، كان حكم الفرع كذلك فيثبت لمن أخبره البائع في المرابحة بأكثر من ثمن السلعة أيضا الخيار ولا يحط عنه شيء من الزيادة وربحها .

(٨) اي فيما لو كذب على المشتري في التولية أو على الشفيع فزاد في ثمن السلعة وادعى فيها الاجل أيضا فانه اذا وقف المشتري على كذبه ثبت له حق حط الزيادة دون التأجيل لان التأجيل لا يضر المشتري وتضره الزيادة .

(١) في نسخة ((ب)) زيادة : وباكثر ومثله قبل القبض وبعده .
وتسمى هذه المسألة ببيع العينة لأن مشتري السلعة الى أجل يأخذ بدلها عينا أي نقدا حاضرا . أنظر شرح المنتهى جـ٢ ص١٥٨ .

(٢) المختصر ص٨٥ . الام جـ٣ ص٧٨ بيع الاجال . وقد نص في شرح المحلي : على أنه أصح القولين في ذلك . أنظره جـ٢ ص٢١٢ وص٢١٣ . ومغني المحتاج جـ٢ ص٦٨ . وبجوازه يقول ابن حزم أيضا ، المحلى جـ٩ ص٦٨٦ .

وقال أبو حنيفة : لا يجوز قبل نقد الثمن فى البيع الأول.(٣)

لنـا : ان كل قدر جاز أن يبيع به السلعة من بائعها بعد نقد(٤) الثمن جاز قبله ،كرأس ماله(٥) وأكثر منه(٦) ، ولان كل حالة جاز فيها بيع السلعة من غير بائعها بثمن(٧)، جاز من بائعها بذلك الثمن ، دليله ما(٨) بعد القبض.(٩)

---

(٣) الهداية جـ٦ ص ٦٨ . التبيين جـ٤ ص٥٣ . مجمع الأنهر جـ٢ ص٦٠ .
وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى جـ٢ ص ١٥٨ . كشاف القناع جـ٣ ص١٧٢
المغنى جـ٤ ص ١٣٢ .
وبه يقول المالكية : الشرح الصغير جـ٢ ص٤٣ . الجواهر جـ٢ ص٢٩ . شرح
المنح جـ٢ ص ٥٨٨ .

(٤) سقطت عبارة (نقد) من نسخة ((ب)) .

(٥) فى نسخة ((ب)) : كرأس المال .

(٦) سقط قوله (وأكثر منه) من نسخة ((ب)) .
أى كما يجوز له أن يبيعها برأس المال وبأكثر منه .
والجامع فى القياس المذكور هو جواز بيع السلعة من بائعها بعد نقد الثمن فى كل من الاصل وهو البيع برأس المال وبأكثر منه ، والفرع وهو بيع ما ابتاعه من بائعه بأقل من الثمن قبل نقد الثمن .
ولما كان حكم الاصل جواز بيعه من بائعه قبل نقد الثمن ،كان حكم الفرع كذلك فيجوز له بيع ما ابتاعه من بائعه قبل نقد الثمن بأقل من الثمن أيضا لذلك .

(٧) سقط لفظ (بثمن) من نسخة ((ب)) .

(٨) سقط اسم الموصول (ما) من نسخة ((ب)) .

(٩) حيث لا خلاف فى جواز بيع السلعة بعد القبض من بائعها ومن غيره .
بجامع جواز بيع السلعة من غير بائعها بأقل وبأكثر من ثمنها فى كل من الاصل وهو ما لو باعها من بائعها بعد القبض، والفرع وهو ما لو باعها =

فان احتجوا : بما روى أبواسحاق[(١٠)] قال : دخلت امرأتي وام ولد زيد بن[(١١)] أرقم على عائشة رضى الله عنها[(١٢)] فقالت لها أم[(١٣)] ولد زيد : اني بعث من زيد بن[(١٤)]

= منه قبل القبض .

ولما كان حكم الاصل جواز بيعها من غير صاحبها بأقل من ثمنها بعد القبض ، كان حكم الفرع كذلك فيجوز بيعها من صاحبها بأقل من ثمنها قبل القبض أيضا لذلك .

(١٠) هو عمرو بن عبد الله الهمداني السبيعي الكوفي ، أبو اسحاق ، أحد اعلام التابعين روى عن جرير البجلي وعدى بن حاتم وجابر بن سمرة وزيد بن أرقم ، وغيرهم ، وروى عنه ابنه يونس وحفيده اسرائيل ، وقتادة وغيرهم . قال فيه أبو حاتم : ثقة يشبه الزهري في الكثرة . وقال محمد بن فضيل : انه كان يقرأ القرآن في ثلاثة أيام . وقال فيه حميد الرؤاسي سمع منه ابن عيينة بعد ما اختلط ، مات سنة سبع وعشرين ومائة . قاله الواقدي . أنظر الخلاصة ص٢٩١ .

(١١) في نسخة ((ب)) : وام ولد لزيد بن أرقم . / أنظر ترجمة زيد في المسألة رقم (١٩) هامش (٣٧) .

(١٢) سقطت عبارة (رضى الله عنها) من نسخة ((ب)) .
وعائشة هي بنت أبي بكر الصديق ، زوج رسول الله صلى الله عليه وسلم أم المؤمنين ، كانت أحب الناس الى رسول الله صلى الله عليه وسلم بعد أبيها ، حدث هشام بن عروة عن أبيه قال : ما رأيت أحدا من الناس أعلم بالقرآن ولا بفريضه ولا بحلال ولا بحرام ولا بشعر ولا بحديث العرب ولا بنسب من عائشة رضى الله عنها . ولدت بعد المبعث بأربع سنين أو خمس ، وتوفيت سنة ثمان وخمسين في ليلة الثلاثاء لسبع عشرة خلت من رمضان وقيل سنة سبع ودفنت بالبقيع . أنظر الحلية ج٢ ص٤٢ . الاصابة ج٤ ص٣٥٩ رقم / ٧٠٤ .

(١٣) سقطت كلمة (أم) من نسخة ((ب)) .

(١٤) سقط قوله (بن أرقم) من نسخة ((ب)) .

أرقم عبدا (١٥) بثمانمائة نسيئة (١٦)، واشتريته منه بستمائة نقدا ، فقالت عائشة : ابلغى زيدا قد أبطلت جهادك مع رسول الله صلى الله عليه وسلم الا أن تتوب (١٧) بئسما ماشريت وبئسما ماابتعت (١٨). فأبطلت العقد والجهاد وأغلظت وذلك

---

(١٥) فى نسخة ((ب)) : أعبدا .

(١٦) فى نسخة ((ب)) : لسنة .

(١٧) فى الاصل (بتبيين ماشريت ، وبتبيين ماابتعت) وهو تحريف .

(١٨) رواه عبد الرزاق فى مصنفه جـ٨ ص١٨٤ باب الرجل يبيع السلعة ثم يريد اشتراءها بنقد . رقم/١٤٨١٢ . مطولا .
ورواه الدارقطنى جـ٣ ص٥٢ رقم/٢١١ . ثم قال : ام محبة - وهى أم ولد زيد - والعالية - وهى امرأة أبى اسحاق - مجهولتان لا يحتج بهما . أهـ .
وقال الشافعى : ونحن لانثبت مثل هذا عن عائشة . أهـ المختصر ص٨٥ .
ورواه البيهقى جـ٥ ص٣٣٠ باب الرجل يبيع الشئ الى أجل ثم يشتريه بأقل .
ونقل الزيلعى فى النصب جـ٤ ص١٦ عن صاحب التنقيح قوله : هذا اسناد جيد وان كان الشافعى قال : لا يثبت مثله عن عائشة ، وكذلك الدارقطنى قال فى العالية هى مجهولة لا يحتج بها ، فيه نظر فقد خالفه غيره .
ونقل عن ابن الجوزى قوله : قالوا : العالية امرأة مجهولة لا يقبل خبرها قلنا : بل هى امرأة معروفة جليلة القدر ، ذكرها ابن سعد فى الطبقات فقال : العالية بنت ايفع بن شراحبيل امرأة أبى اسحاق السبيعى سمعت من عائشة . أهـ .
ونحو ذلك قال فى الجوهر النقى . أنظر البيهقى جـ٥ ص٣٣٠ .
الا أن ابن حزم حكم على هذا الحديث بالوضع ورده من أربعة أوجه ذكرها فى المحلى جـ٩ ص٦٨٩ .

وذلك كله[19] لا يعرف الا بتوقيف.[20]

قلنا : لو قالت ذلك توقيفا لروى ذلك التوقيف[21]، ويجوز أن تكون قد[22] قالته اجتهادا وانه يضارع الربا[23]، وقد كان يغلظ بعضهم على بعض[24] فيما طريقه الاجتهاد، ولهذا قال علي[25] رضي الله عنه : من أراد أن يتقحم جراثيم[26] جهنم، فليقض بين الجد والاخوة[27]، وقد خالفها زيد بن أرقم[28]، ولانها انما

---

(١٩) سقط لفظ (كله) من نسخة ((ب)) .

(٢٠) أي الا بنص شرعي من آية أو حديث . لان الاخبار عن بطلان عمل أو صحته ليست محلا للاجتهاد .

(٢١) أي اما ان ترويه هي أو يرويه غيرها ، وشئ من ذلك لم يحصل .

(٢٢) سقط لفظ (قد) من نسخة ((ب)) .

(٢٣) برأيها باجتهاد منها ، ومستندها في ذلك الاجتهاد : أن ذلك البيع المذكور يشابه الربا فيأخذ حكمه .

(٢٤) أي الصحابة رضي الله عنهم .

(٢٥) هو ابن أبي طالب . أنظر ترجمته في المسألة رقم (٤٠) هامش (١٠) .

(٢٦) في نسخة ((ب)) : أن يقتحم .

(٢٧) رواه الدارمي في سننه،
ولفظه : من سره أن يتقحم جراثيم جهنم فليقض بين الاخوة والجد . أهـ
وفي سنده رجل لم يسم . أنظر جمع الفوائد جـ١ ص٧٠٩ رقم/٥٠٩٣ كتاب الفرائض.

(٢٨) واذا اختلف الصحابة فيما لا نص فيه ، فليس قول بعضهم بأولى من البعض الآخر ولا قول بعضهم حجة على البعض الآخر.

انكرت ،(٢٩) لانه كان البيع الى العطاء ،وذلك مجهول ، ولهذا أبطلت(٣٠) العقد الأول والثاني .

قالوا : معنى يعود به جميع ماتناوله(٣١) العقد الى البائع قبل استيفاء أحكامه ،(٣٢) فلم يجز بأقل من الثمن كالاقالة(٣٣) وهلاك المبيع .

---

(٢٩) في نسخة ((ب)) : ولانها انما انكرته لان كان ./ هكذا . ولعل الصواب لان البيع كان الى العطاء. أي أن غايته مجهولة لأن يوم العطاء لم يكن معلوما بعينه ، وإن كان معلوما على وجه التقريب .

(٣٠) أي عائشة رضي الله عنها .

(٣١) في نسخة ((ب)) : يتناوله .

(٣٢) أي المترتبة عليه ، وهي انتقال الثمن الى البائع، والمثمن الى المشترى . وفي بيع العينة انتقل المثمن فقط ، وقبل انتقال الثمن جرى على المبيع عقد آخر . وهذا لا يجوز .

(٣٣) الاقالة في البيع طلب نقضه برد المبيع الى بائعه . وربما قالوا : قاله البيع ، بغير ألف ، وهي لغة قليلة. انظر المختار : ص ٥٦٠ .
وفي المصباح جـ٢ ص ١٨١ : قال الله عثرته اذا رفعه من سقوطه ومنه الاقالة في البيع لانها رفع العقد .أهـ
والجامع في القياس المذكور هو أنه معنى يعود به جميع ماتناوله العقد الى البائع قبل استيفاء أحكامه في كل من الاصل وهو الاقالة وهلاك المبيع ، والفرع وهو بيع المبيع من بائعه بأقل من الثمن من قبل قبض الثمن .
ولما كان حكم الاصل هو عدم جواز اعادة المبيع بالاقالة أو بهلاكه الى بائعه بأقل من ثمنه ، كان حكم الفرع كذلك ، فلايجوز بيع المبيع الى بائعه بأقل من الثمن قبل قبض الثمن أيضا لذلك .

قلنا : لأن[٣٤] هناك[٣٥] عاد المبيع بفسخ العقد ألا ترى انه لا يحتاج الى تسمية[٣٦] ، وهذا[٣٧] عاد بعقد مستأنف[٣٨] ، فاعتبر فيه شرطهما[٣٩] ، ولهذا لا يجوز هناك[٤٠] بعد نقد الثمن في البيع الأول ، ولا بالزيادة[٤١] وها هنا[٤٢] يجوز .

قالوا : حصل الثمن والمثمن في ضمان المشترى[٤٣] ، فاذا اشترى المبيع ببعض الثمن الذى فى الذمة ، فقد استفاد ربحا ، فيما لم يضمن[٤٤] ،

---

(٣٤) سقط لفظ (لان) من نسخة ((ب)) .

(٣٥) الاشارة عائدة الى الاقالة وهلاك المبيع .

(٣٦) أى تسمية المبيع وتعيينه ، لان الفسخ لا يقع الا عليه .

(٣٧) أى بيع المبيع من بائعه .

(٣٨) أى جديد مستقل عما قبله .

(٣٩) أى شرط البائع والمشترى ، لانه عقد جديد .

(٤٠) أى لا يجوز فسخ العقد بعد نقد الثمن فى البيع الأول فى حال هلاك المبيع .

(٤١) أى على الثمن فى البيع الأول .

(٤٢) أى فى بيع المبيع من بائعه .

(٤٣) وهو البائع الثانى .

(٤٤) والمبيع لم يدخل فى ضمانه لعدم قبضه اياه . وربح مالم يضمن منهى عنه لما روى الترمذى جـ٣ ص ٥٣٥ باب ما جاء فى كراهية بيع ماليس عندك ، رقم / ١٢٣٤ عن عبد الله بن عمرو بن العاص مرفوعا لا يحل سلف وبيع ولا شرطان فى بيع ولا ربح مالم يضمن ولا بيع ماليس عندك ثم قال : هذا حديث حسن صحيح . أهـ .

فصار[٤٥] كبيع المبيع قبل القبض.[٤٦]

قلنا : العقد الثاني لم يقع على ماله في ذمة المشتري ، وانما وقع على مال يثبت[٤٧] في ذمة نفسه ، بخلاف المبيع ، فانه يعقد عليه[٤٨] ؛ ولانه لو كان كالمبيع ، لما[٤٩] جاز بيعه أصلا.[٥٠]

قالوا : هذا[٥١] يضارع الربا[٥٢] ، لانه يبيع بالف ، ثم يشتريه بتسع مائة ، فيحصل له مائة درهم ولهذا قال ابن عباس[٥٣] فيمن

(٤٥) في نسخة ((ب)) : وصار .

(٤٦) حيث لا يجوز ذلك ، لانه لم يدخل في ضمانه بعد .
بجامع استفادة الربح فيما لم يضمن ، في كل من الاصل وهو مالو باع المبيع قبل القبض ، والفرع وهو مالو باع المبيع من بائعه بأقل من الثمن قبل القبض.
ولما كان حكم الاصل عدم الجواز فيه ، كان حكم الفرع كذلك فلا يجوز بيع السلعة من بائعها قبل قبض الثمن ، بأقل من ثمنها أيضا لذلك .

(٤٧) في نسخة ((ب)) : على ما يثبت .

(٤٨) أي فلا يصح قياس بيع المبيع من بائعه بأقل من الثمن على بيع المبيع قبل القبض للفارق المذكور بينهما ، ولا قياس مع الفارق .

(٤٩) أي كبيع المبيع قبل القبض ، وهو المقيس عليه في قياسهم .

(٥٠) لحديث عبد الله بن عمرو المذكور في النهي عن بيع مالم يضمن .
أنظر الهامش رقم (٤٤) .

(٥١) أي بيع المبيع من بائعه بأقل من الثمن قبل نقد الثمن .

(٥٢) أي يشابهه من المضارعة. أنظر المختار ص ٣٨١ .

(٥٣) هو عبد الله بن عباس بن عبد المطلب بن هاشم ، ابن عم النبي صلى الله عليه وسلم وصاحبه ، حبر الامة وفقيهها وترجمان القرآن ، روى الفا وستمائة وستين حديثا ، كان عمر يستشيره ويدعوه للمعضلات ، وكان جميلا فصيحا عالما .
توفي بالطائف سنة ثمان وستين ، وصلى عليه محمد بن الحنفية .أنظر الخلاصة : ص ٢٠٢ . وقد كان ولد في الشعب عند حصر قريش للنبي صلى الله عليه وسلم =

باع حريرة [٥٤] بمائة نساء ثم اشتراها بخمسين، [٥٥] فقال : المائة بالخمسين . والحريرة دخلت فيها للربا . [٥٦]

قلـــنا : بل هو تخلص من الربا ، حين ادخل السلعة بين الثمنين ، وهذا يجوز . ولهذا قال صلى الله عليه وسلم فى قصة خيبر : [٥٧] اكل تمر خيبر هكـــذا . فقال : لا . ولكن تبتاع الصاع من هذا بصاعين من تمر الجمع ، [٥٨] فقال : لا تفعلوا هذا ، ولكن بيعوا تمر الجمع بالدراهم واشتروا بالدراهـــم هـــذا ، [٥٩]

= والمؤمنين ، وكان له عند موت النبى صلى الله عليه وسلم ثلاث عشرة ســنة .
أنظر الخلاصة ص٢٠٣ . الاصابة جـ٢ ص٣٠٣ رقم / ٤٧٨١ .

(٥٤) فى نسخة ((ب)) : حريرا . / أى انه سئل عمن باعها بما ذكر .

(٥٥) فى نسخة ((ب)) : ثم اشتراه بالخمس والحريرة دخلت بينهما . / والباقــى ساقط .

(٥٦) رواه ابن حزم فى المحلى جـ٩ ص٦٨٩ من طريق وكيع نا ـ أى أخبرنـــا ـ سفيان الثورى عن سليمان التيمى عن حيان بن عمير القيسى عن ابن عبـاس فى الرجل يبيع الجريرة ـ كذا بالجيم ـ الى رجل فكره أن يشتريها يعـــنى بدون ماباعها . أ هـ
ثم قال عنه فى ص ٦٩٣ : واما خبر ابن عباس فهو رأى منه وقد خالفـــه ابن عمـر . أهـ
وفى ذلك اشارة الى أن الاثر المذكور صحيح ، ولولا ذلك لاشار الـــى ضعفه فانه اقوى فى رده من القول بأنه رأى منه ، ومن ذكر مخالفة ابن عمر له .

(٥٧) سقط لفظ (خيبر) من الاصل) .

(٥٨) بفتح الجيم وتسكين الميم ، يطلق على عدة أمور منها ، تأليف المتفرق ، ومنهـا : الدقل بفتـحتين ومنها : صنف من التمر ويطلق على النخل اذا خـــرج من النوى لا يعرف اسمه ويطلق على القيامة ، وعلى الصمغ الاحمر وعلـــى جماعة الناس ، والمقصود منها هنا اطلاقه على صنف من التمر . أنظـــر القاموس جـ٣ ص١٤ .

(٥٩) أى التمر الجيد ، وهو المسمى جنيبا ، كما فى النهاية جـ١ ص٣٠٤ ، =

ولانـه لو صح هذا (٦٠) لوجب ان لا يجوز بأكثر منه (٦١)، ولوجب ان لا يجوز بمثل الثمن ،لانه يبيع ألفا بألف ، من غير تقابض (٦٢).

= والحديث المذكور رواه البخاري جـ٢ ص٢٤ باب اذا اراد بيع تمر بتمر خير منه ،عن أبي سعيد الخدري وأبي هريرة رضي الله عنهما ان رسول الله صلى الله عليه وسلم استعمل رجلا على خيبر فجاءه بتمر جنيب فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم اكل تمر خيبر هكذا؟ قال :لا والله يارسول الله انا لنأخذ الصاع من هذا بالصاعين والصاعين بالثلاثة، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : لا تفعل ،بع الجمع بالدراهم ثم ابتع بالدراهم جنيبا .أهـ ورواه مسلم جـ٢ ص١٢٠٨ ،باب الربا . رقم/ ١٥٨٤.
ورواه الدارقطني جـ٣ ص١٧ رقم/ ٥٤ وقد سمى العامل وهو سواد بن غزية أخو بني عدي من الانصار.

(٦٠) في الاصل غير واضحة ،ورسمها هكذا (نقدا) وهو تحريف عن لفظ (هذا) فان رسمهما متقارب والاشارة عائدة الى أثر ابن عباس الذي ذكروه.

(٦١) أي لوجب ان لا يجوز لمبيع السلعة باكثر مما اشتراها به .

(٦٢) أي والحال ان ذلك جائز في كلا الصورتين ،أعني بالاكثر وبالمثل عندنا وعندكم ،فلا يصح لكم الاحتجاج به اذن .

" مســـائل اختلاف المتبايعـين " (*)

* مسألة (٥٩) : اذا اختلفا في قدر الثمن ، تحالفا.(١) /١٤١ش.

وقال أبو حنيفة : ان كانت السلعة تالفة فالقول قول المشترى.(٢)

لنا : ان كل واحد منهما مدع(٣) ومدعى عليه ،فان البائع يدعى عقدا ينكره

(*) أى أو من يقوم مقامهما ،وذلك بأن يقع الاختلاف على الكيفية التى وقـــع عليها العقد بينهما.

(١) أى ويفسخان عقد البيع بينهما ، سواء كانت السلعة قائمة أو تالفـــة.
المختصر ص ٨٦ . الوجيز جـ١ ص ١٥٣ . المنهاج ص ٥٢.
وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى جـ٢ ص ١٨٥ . كشاف القناع جـ٣ص٢٢٤.
وذكر فى المغنى جـ٤ ص ١٤٦ عن أحمد رواية أخرى كقول أبى حنيفـــة.
وبه يقول المالكية : الشرح الصغير جـ٢ ص ٩٠ . الجواهر جـ٢ ص ٦٤ .
وذكر فى شرح المنح انهما يتحالفان على المشهور أى فى المذهب : جـ٢ص٧٤٣.

(٢) خلافا للصاحبين فى حال تلف السلعة ،هما يقولان : يتحالفان ويترادان القيمة ، أنظر الموطأ ص ٢٧٨ باب الاختلاف فى البيع مابين البائـــع والمشترى .
الهداية جـ٦ ص ٧٤ وأنظر فتح القدير عليه أيضا . التبيين جـ٤ ص ٥٦ .
مجمع الانهر جـ٢ ص ٦١.
وذهب ابن حزم الى أن القول قول مصحح البيع منهما اذا كانت السلعـــة فى يد المشترى وهى غير معروفة للبائع وكان الثمن عند البائع بعـــد والا بان كانت السلعة عند البائع والثمن عند المشترى تحالفا ويبطـــل بيعهما . أنظر المحلى جـ٩ ص ٣٢٣ والتى تليها.

(٣) فى نسخة ((ب)) : مدعى . / والصواب حذف الياء لانها اعلت اعلال قاض .

المشترى ،والمشترى يدعى عقدا ينكره البائع ، ولهذا تستمع بينتهما ،فتحالفا كما لو ادعى رجل على رجل ثوبا وادعى الاخر عليه عبدا (٤) ولانه اختلاف في صفة انتقال الملك ،فأشبه اذا قال أحدهما : بعتك ،وقال الآخر بل وهبتني (٥) ، ولانهما اختلفا في قدر الثمن (٦) ، وتداعياه دعوى صحيحة ،ولا بينة لواحد منهما فأشبه اذا كانت السلعة قائمة (٧) ، ولان كل موضع ثبت (٨) التحالف مع قيام

---

(٤) حيث يجب عليهما التحالف.
بجامع ان كل واحد من الطرفين يدعى عقدا ينكره الاخر ،في كل من الاصل وهو مالو ادعى رجل على رجل ثوبا وادعى الاخر عليه عبدا ، والفرع وهو مالو اختلفا في ثمن السلعة ، ولما كان حكم الاصل هو سماع بينتهما ويتحالفان كان حكم الفرع كذلك فتسمع بينة البائع والمشترى ويتحالفان .

(٥) حيث يتحالفان ويترادان السلعة .
بجامع الاختلاف في صفة انتقال الملك في كل من الاصل وهو مالو قال احدهما بعتك، وقال الاخر بل وهبتني ،والفرع وهو مالو اختلف البائع والمشترى في ثمن السلعة ، ولما كان حكم الاصل انهما يتحالفان كان حكم الفرع كذلك فيتحالف البائع والمشترى أيضا لذلك .

(٦) في نسخة ((ب)) : ولانهما اختلفا في قدر الثمن فأشبه اذا كانت السلعة قائمة .

(٧) حيث يتحالفان ويفسخ العقد بينهما .
بجامع الاختلاف في قدر الثمن مع تداعيهما الثمن دعوى صحيحة ولا بينة لواحد منهما في كل من الاصل وهو مالو اختلفا في ثمن السلعة والسلعة قائمة والفرع وهو مالو اختلفا في ثمنها وهي تالفة . ولما كان حكم الأصل هو انهما يتحالفان في بيعهما كان حكم الفرع كذلك فيتحالفان أيضا لذلك .

(٨) في نسخة ((ب)) : يثبت .

السلعة ، ثبت مع هلاكها[9] ، كما لو اشترى عبدا بجارية وتقابضا ،ثم هلك أحدهما[10] ، ثم اختلفا ، فقال أحدهما : كان مع العبد ثوب ، وانكر الآخر.[11]

فان قيل :[12] هناك يقع الفسخ على القائم وينفسخ على الهالك[13] تبعا .

قيل : كل واحد منهما مقصود بالعقد ،فلا يجعل[14] أحدهما تابعا ، ثم يبطل به اذا باع سلعتين وهلك أحداهما[15]، ثم اختلفا ،فانهما لا يتحالفان عندهم[16] ولا يجعل الهالك[17] تابعا للقائم، ولانه لو كان هلاك السلعة يمنع التحالف ،لوجب اذا قتل المبيع في يد البائع ،ثم اختلفا ان لا يتحالفا.[18]

---

(٩) فى نسخة ((ب)) : يثبت .

(١٠) أى أحد المبيعين ،الجارية أو العبد .

(١١) حيث يتحالفان اذن .
والجامع فى القياس المذكور هو أن كل موضع ثبت التحالف مع قيام السلعة ثبت مع هلاكها ، فى كل من الاصل وهو مالواشترى عبدا بجارية وتقابضا ثم هلك أحدهما ثم اختلفا فقال أحدهما : كان مع العبد ثوب وأنكر الآخر ، والفرع وهومالواختلفا فى ثمن السلعة وهى قائمة . ولما كان حكم الاصل انهما يتحالفان على الثوب وان كان تالفا كان حكم الفرع كذلك فيتحالفان على السلعة القائمة أيضا .

(١٢) أى بقصد اثبات الفارق فى القياس المذكور لابطاله .
والاشارة فى (هناك) عائدة الى الاصل المقيس عليه في قياسهم وهو شراء العبد بالجارية المذكور.

(١٣) فى نسخة ((ب)) : على الهلاك تبعا .

(١٤) فى نسخة ((ب)) : فلا يحصل .

(١٥) فى الاصل : وهلك أحدهما . / والصواب التأنيث .

(١٦) أنظر فتح القدير جـ٦ ص٧٤ .

(١٧) فى نسخة ((ب)) : ولا يجعل الهلاك . / والمقصود انه لا يجعل الهالك تابعا فى الحكم للسالم منهما .

(١٨) أى والحال انهما يتحالفان ، فصح أن هلاك السلعة لا يمنع التحالف بينهما .

فان قيل : هناك[19] البيع انتقل[20] الى القيمة .

قيـل : البيع[21] لا ينتقل من شئ الى شئ ، ولا نه لو انتقل[22] ، لفسد البيـع اذا زادت القيمة على الثمن أو نقصت ، لانه ربا .

قالوا : روى ابن مسعود[23] أن النبى صلى الله عليه وسلم قال (اذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة بعينها تحالفا وترادا)[24] ، فشرط قيام السلعة .

---

(١٩) سقط اسم الاشارة (هناك) من الاصل . / والاشارة عائدة الى مالو قتل المبيع في يد البائع.

(٢٠) فى نسخة ((ب)) : ينتقل .

(٢١) سقط لفظ (البيع) من الأصل .

(٢٢) فى نسخة ((ب)) : ولا نه لو انتقل اصل البيع الى القيمة .

(٢٣) هو عبد الله بن مسعود بن غافل بمعجمة ثم فاء مكسورة بعد الألـف ، الهذلى .
كان أحد السابقين الاولين فى الاسلام ، شهد بدرا والمشاهد كلها ، روى ثمانمائة حديث وثمانية واربعين حديثا ، تلقن من النبى صلى الله عليه وسلم سبعين سورة وكان يشبه النبى صلى الله عليه وسلم فى هديه ودله وسمته ، توفى سنة ٣٢هـ . أنظر الخلاصة ص ٢١٤ .

(٢٤) قال ابن حزم فى هذا الحديث : وهذا لا يوجد أبدا لا فى مرسل ولا فى مسند لا فى قوى ولا فى ضعيف ، الا أن يوضع - أى يكذب - للوقت . أهـ المحلى جـ٩ ص٣٢٦ .
وقال فى التلخيص جـ٣ ص ٣٢ : وفى رواية : اذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة ولا بينة لاحدهما تحالفا . رواها عبد الله بن أحمد فى زيادات المسند من طريق القاسم بن عبد الرحمن عن جده - يعنى ابن مسعود - ورواها الطبرانى والدارمى من هذا الوجه فقال عن القاسم عن أبيه عن ابن مسعود ، وانفرد بهذه الزيادة وهى قوله : والسلعة قائمة ابن أبى ليلى وهو محمد ابن عبد الرحمن الفقيه وهو ضعيف سئ الحفظ . أهـ . رقم / ١٢٢٣ . =

قلـــنا : رواه القاسم بن عبد الرحمن (٢٥) عن ابن مسعود (٢٦) ، وهو لم يدركـــه (٢٧) ،

= قال الخطابي : ان هذه اللفظة - يعني قوله : والسلعة قائمة - لا تصـــح من طريق النقل مع احتمال انما جاء بها ابن أبي ليلى ، وقيل انها عـــن بعض الرواة ، وقد يحتمل أن يكون انما ذكر قيام السلعة بمعنى التغليـــب لا من اجل التفريق لان أكثر ما يعرض فيه النزاع ويجب معه التحالف هـــو حال قيام السلعة وهذا كقوله تعالى (وربائبكم اللاتي في حجوركـــم)- النساء آية/٢٣-أهـ معالم السنن جـ٥ ص ١٦٣ .

(٢٥) هو القاسم بن عبد الرحمن بن عبد الله بن مسعود الهذلي ، أبو عبد الرحمن ، قاضي الكوفة روى عن أبيه وجابر بن سمرة ، وعنه روى عمرو بن مرة وابن اسحا ق وثقه ابن معين قال ابن قانع : توفي سنة عشر ومائة . أنظر الخلاصة ص٣١٢ .

(٢٦) وهو جده .

(٢٧) ساق ابن حزم سند هذا الحديث كالتالي : ومن طريق هشيم انا - أي أخبرنا - ابن أبي ليلى ، هو محمد بن عبد الرحمن القاضي ، عـــن القاسم بن عبد الرحمن بن عبد الله بن مسعود عن أبيه - أي عبد الرحمـــن- ان ابن مسعود . . الحديث .

وقال بعدها : وهذا كله لا حجة فيه ولا يصح شئ منه ، لانها كلها مرسلات وعبد الرحمن بن مسعود كان له اذ مات أبوه رضي الله عنه ست سنين لم يحفظ منه كلمة . أهـ المحلى جـ٩ ص ٣٢٥ .

فيكـــون مرجع الضمير في قول المصـــنف - وهو - أي عبد الرحمن وليـــس القاسم . لان عبد الرحمن لم يروعن أبيـــه لكونه مات عنه وهـــو ابن ست ســـنين فأولى أن لا يدركـــه ابنه القاسم ابن عبد الرحمن .

ولانهم لا يقولون بدليل الشرط[٢٨] ونحن نقدم عليه القياس.[٢٩]

قالوا : روى ابن مسعود أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : (اذا اختلف[٣٠] البيعان ، فالقول ماقال البائع فان استهلك[٣١] فالقول قول المشترى).[٣٢]

---

(٢٨) أى بمفهوم الشرط ، وهو نوع من أنواع مفهوم المخالفة، ثانيها مفهوم الوصف مثاله : (ان جاءكم فاسق بنبأ فتبينوا) .

ثالثها : مفهوم الغاية : كقوله (فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره) .

رابعها : مفهوم الحصر كقوله تعالى (انما الهكم الله) .

خامسها : مفهوم اللقب كقولك : جاء زيد ، مفهومه ان غير زيد لم يجئ .

والحنفية لا يقولون بحجية المفهوم أصلا ووافقهم على ذلك ابن سريج وامام الحرمين الجوينى والباقلانى والغزالى والمعتزلة ، خلافا لجمهور أهل العلم .

أنظر تيسير التحرير جـ١ ص ٩٨ ومابعدها .

(٢٩) لانه أقوى منه ، اذ هو مستند الى نص شرعى ، والنص أقوى فى الدلالة على الحكم من المفهوم . أى والقياس يقتضى ان لافارق بين حال الاختلاف والسلعة قائمة وبين حاله والسلعة تالفة.

(٣٠) فى نسخة ((ب)) : اذا اختلفا .

(٣١) أى تلف المبيع وفات .

(٣٢) رواه الدارقطنى عن ابن مسعود مرفوعا بهذا اللفظ الا أنه قال بدل (فان استهلك) (فاذا استهلك) جـ٣ ص ٢٠ كتاب البيوع، رقم الحديث / ٦٦ ثم قال : الحسن بن عمارة متروك . أهـ

قلـــنا : يرويه الحسن بن عمارة (٣٣) ، وهو متروك ، ردئ الحفظ ، ثـــم يحتمل انه أراد (٣٤) اذا استهلك بعد التحالف ، ثم يعارضه ماروى عبد اللـــه (٣٥) أن النبى صلى الله عليه وسلم قال (اذا اختلف البيعان ، والمبيع مستهلك فالقول قول البائع) (٣٦) .

---

(٣٣) هو الحسن بن عمارة الكوفى الفقيه مولى بجيلة ، روى له الترمذى وابن ماجه وقد روى هو عن ابن أبى مليكة وعمرو بن مرة وخلق ، وروى عنـــه السفيانان ابن عيينة والثورى ، ويحيى القطان وآخرون ، قال الحاكـــم : ابن عيينة . كان له فضل وغيره أحفظ منه ، قال بكار بن اسود حدثنا اسماعيل ابن أبان قال : بلغ الحسن بن عمارة ان الاعمش يقع فيه فبعث اليـــه بكسوة فلما كان بعد ذلك مدحه الاعمش وروى حديثا فى أن القلوب جبلـــت على حب من أحسن اليها .
وروى أبو داود عن شعبة قال : يكذب . - يعنى الحسن بن عمارة - . وقال أحمد : متروك وقال ابن معين : ليس حديثه بشئ . وضعفه جماعة غيرهم أيضا . توفى / ١٥٣ هـ .
أنظر الميزان جـ١ ص ٥١٣ رقم / ١٩١٨ .

(٣٤) فى نسخة ((ب)) : انه أراد استهلاك بعد التحالف . / وهى كما تـــرى مضطربة .

(٣٥) يعنى ابن مسعود ، وهو أحد العبادلة الأربعة ، ثانيهم عبد الله بن عمر ثالثهم عبد الله بن عمرو رابعهم عبد الله بن عباس .

(٣٦) رواه الدارقطنى جـ٣ ص ٢١ كتاب البيوع رقم الحديث / ٧١ بهذا اللفظ من طريق اسرائيل عن الأعمش عن أبى وائل عن عبد الله .
وأبو وائل هذا هو عبد الله بن بحير الصنعانى القاضى ، وثقه ابن معين ، وقال ابن حبان : يروى العجائب التى كأنها معمولة ، أى مكذوبة مصنوعة لا يحتج به . أهـ
وليس هو بابى وائل عبد الله بن بحير بن ريسان ، ذاك ثقة ، وقيل هما واحد =

قالوا : المنكر هو المشتري . لان بثبوت دعواه لا يجب عليه شئ(٣٧) ، فكان القول قوله كما لو قال : لي عليك ألفان(٣٨) ، وقال ذاك : لك(٣٩) ألف.

= أنظر الميزان جـ٢ ص ٣٩٥.

وفي السند أيضا الأعمش سليمان بن مهران الكوفي وان كان اماما ثبتا الا أنه كان يدلس في حديثه ، وربما روى عن الضعفاء ، قال ابن المبارك انما أفسد حديث أهل الكوفة أبو اسحاق والأعمش ، يعني لكثرة تدليسه فيه ، وقال أحمد بن حنبل : منصور اثبت أهل الكوفة ، ففي حديث الأعمش اضطراب كثير. أهـ .

وقال الذهبي : هو يدلس وربما دلس عن ضعيف ولا يدري به ومتى قال : عن ، تطرق اليه احتمال التدليس الا في شيوخ له أكثر عنهم كابراهيم وابن وائل وأبي صالح السمان فان روايته عن هذا الصنف محمولة على الاتصال . أنظر الميزان جـ٢ ص ٢٢٤.

(٣٧) في الاصل : لا يجب على البائع شئ . / وهو خطأ ، اذ لا يستقيم به المعنى .

(٣٨) سقط الجار والمجرور (لي) في نسخة ((ب)) .

(٣٩) سقط لفظ (لك) في نسخة ((ب)) . / أي حيث يكون القول قول المدعى عليه .

والجامع في القياس المذكور هو ان المنكر هو المدعى عليه في كل من الأصل وهو مالو قال لي عليك الفان وقال الاخر لك ألف . والفرع وهو مالو آختلف البائع والمشتري في ثمن السلعة .

ولما كان حكم الاصل هو اعتبار القول قول المدعى عليه ، كان حكم الفرع كذلك فيكون القول قول المشتري وهو مدعى عليه أيضا .

قلـــنا : قد بينا ان البائع أيضا منكر ، بخلاف ماقاسوا عليه ، فان المنكر واحد (٤٠)، ولهذا لو شهد شاهد بالفين ، واخر بألف ، ثبت ألف واحد بشهادتهما (٤١)، ولو شهد شاهد بالبيع بألف ، وآخر بالبيع بألفين ، لم يثبت ألف (٤٢)، ثـــم يبطل به اذا كانت السلعة قائمة (٤٣) وبه اذا ادعى عليه بيعا بألف وادعى ذاك هبته (٤٤) والسلعة تالفة (٤٥).

---

(٤٠) زاد فى نسخة ((ب)) : فان المنكر ثم أى هناك ـ واحد . / والاشـــارة عائدة الى المقيس عليه فى قياسهم وهو مالو قال : لى عليك ألفـــان ، فقال المدعى عليه : لك ألف . واذا كان المدعى عليه هنا واحـــد والمدعى عليه فى اختلاف المتبايعين اثنان لان كل واحد منهما مـــدع ومدعى عليه فقد ثبت ان بين الاصل والفرع فى قياسهم فارقا فيبطل به .

(٤١) لان أحد الالفين وقعت عليه شهادتهما معا .

(٤٢) فى نسخة ((ب)) : لم يثبت الالف . / لان الشاهد على البيـــع بألفين ينفى أن يكون البيع واقعا بألف ، كما ان الشاهد بألف ينفـــى أن يكون البيع واقعا بالفين ، فصح ان بين الدعوى والبيع فرقا .

(٤٣) حيث يتحالفان ويترادان . مع ان المنكر هنا هو المشترى الا أنه يجب عليه الحلف المذكور .

(٤٤) فى الاصل (هبة) . وماأثبتناه من نسخة ((ب)) أولى لوضوحه .

(٤٥) حيث لا يتحالفان أى لا يحلف كل واحد منهما على صحة مايقـــول ونفى مايقوله خصمه بل يحلف كل واحـــد منهما على نفى دعـــوى صاحبه فقـــط ولا يحلف على اثبات دعواه .
أنظر : فتح العزيز جـ٩ ص ١٦١ . فالمشترى هنا منكر ثم وجب عليـــه الحلف وليس كما قالوا انه لا يجب عليه شـــئ .

قالوا : فسخ بيع ،فلا يجوز بعد هلاك السلعة ،كالفسخ بالاقالة والعيب.(٤٦)

قلنا : الفسخ هناك(٤٧) غير(٤٨) محتاج اليه ، لان فى الاقالة لاضرر عليه(٤٩) ،

وفى الرد بالعيب يمكنه دفع الضرر بالرجوع بالارش(٥٠) وهاهنا(٥١) يحتاج اليه ،

لانه لا يمكن دفع الضرر الا بالتحالف(٥٢) ، ولان الفسخ هناك(٥٣) يقع من جهته(٥٤) ،

---

(٤٦) حيث لا يجوز العقد بهما بعد هلاك السلعة .

بجامع ان كلا فسخ بيع ، اما الاصل فهو الفسخ بالاقالة والعيب فى المبيع ، واما الفرع فهو الفسخ بالاختلاف على ثمن المبيع .

ولما كان حكم الاصل عدم جواز فسخ البيع بعد هلاك السلعة بالاقالة والرد بالعيب كان حكم الفرع كذلك فلا يجوز فسخ البيع بعد هلاك السلعة بالاختلاف فى ثمن المبيع أيضا لذلك .

(٤٧) أى فى الاقالة والرد بالعيب بعد هلاك السلعة . وهو الاصل المقيس عليه فى قياسهم .

(٤٨) سقطت كلمة (غير) فى نسخة ((ب)) .

(٤٩) أى فى عدم الاقالة لاضرر على المشترى .

(٥٠) أى فى عدم قبول البائع رد المبيع بالعيب بعد هلاك السلعة لاضرر فيه على المشترى لانه يتلافى ضرر العيب بأخذ قيمة ذلك النقص فى المبيع ، بان يقدر سليما من ذلك العيب ثم يقدر وبه ذلك العيب ،فيكون فرق مابين الحالين ارشا لذلك النقص فيرتفع الضرر عن المشترى به .

(٥١) أى فى حال اختلاف المتبايعين على ثمن المبيع.

(٥٢) وهذا اثبات للفارق بين الاصل والفرع فى قياسهم ، فيبطل به قياسهم المذكور .

(٥٣) أى فى الفسخ بالاقالة أو بالعيب .

(٥٤) أى من جهة المشترى .

وها هنا (٥٥) يقع بجهالة الثمن ، وتعذر امضاء العقد . (٥٦)

قالوا : المبيع ملك بالثمن (٥٧) ، فلا يجوز أن ينقلب بالتحالف الى القيمة .

قلنا : يبطل به اذا اشترى عبدا بجارية ، ثم هلك احدهما ، ثم اختلفا فى ضم الثوب اليه بأن ادعى انه كان مع العبد ثوب (٥٨) .

قالوا : لان اليمين لحق البائع (٥٩) ويجوز ان يكون قيمته (٦٠) أقل مما يدعيه (٦١) ، فلا فائدة له فى اليمين (٦٢) .

قلنا : يبطل به اذا اختلفا وقد قتل المبيع فى يد البائع (٦٣) .

---

(٥٥) أى فى الفسخ بسبب الاختلاف على الثمن .

(٥٦) فى نسخة ((ب)) : وتعذر امضاء العبد . / ولا معنى له .
وهذا فارق آخر يتأكد به بطلان قياسهم المذكور .

(٥٧) فى الاصل : المبيع هلك بالثمن . / وهو تحريف .

(٥٨) سقط قوله (بان ادعى انه كان مع العبد ثوب) من الاصل . والزيادة من نسخة ((ب)) .
والحكم فى ذلك انهما يتحالفان فيحلف كل منهما على اثبات قوله ونفى قول صاحبه .
أنظر شرح المحلى جـ٢ ص ٢٣٩ .

(٥٩) فى نسخة ((ب)) : ولان التمييز لحق البائع لانه يجوز أن يكون .. الخ . /
وهو تحريف .
والمقصود ان اليمين وجبت لاثبات حق البائع .

(٦٠) أى المبيع المختلف فى ثمنه .

(٦١) أى البائع .

(٦٢) لانها لن تعيد الى المشترى حقه بان تباع له السلعة بقيمتها الحقيقية ، بعد ان زاد البائع عليه الثمن .

(٦٣) حيث يتحالفان فيه ، ولا يكون القول حينئذ قول المشترى ، مع احتمال أن يكون العبد أقل قيمة مما يدعيه البائع .

وهاهنا يقع[55] بجهالة الثمن ، وتعذر امضاء العقد[56] .

قالوا : المبيع ملك[57] بالثمن ، فلا يجوز أن ينقلب بالتحالف الى القيمة .

قلنا : يبطل به اذا اشترى عبدا بجارية ، ثم هلك أحدهما ، ثم أختلفا في ضم الثوب اليه بأن ادعى أنه كان مع العبد ثوب[58]

قالوا : لان اليمين لحق البائع[59] ويجوز أن يكون قيمته[60] أقل مما يدعيه[61] ، فلا فائدة له في اليمين[62] .

قلنا : يبطل به اذا اختلفا وقد قتل المبيع في يد البائع[63] .

---

(٥٥) أي في الفسخ بسبب الاختلاف على الثمن .

(٥٦) في نسخة ((ب)) : وتعذر امضاء العبد . / ولا معنى له .
وهذا فارق آخر يتأكد به بطلان قياسهم المذكور .

(٥٧) في الاصل : المبيع هلك بالثمن . / وهو تحريف .

(٥٨) سقط قوله (بان ادعى انه كان مع العبد ثوب) من الاصل . والزيادة من نسخة ((ب)) .
والحكم في ذلك، انهما يتحالفان فيحلف كل منهما على اثبات قوله ونفي قول صاحبه . أنظر شرح المحلى جـ٢ ص ٢٣٩ .

(٥٩) في نسخة ((ب)) : ولان التمييز لحق البائع لانه يجوز أن يكون ... الخ ./ وهو تحريف .
والمقصود ان اليمين وجبت لاثبات حق البائع .

(٦٠) أي المبيع المختلف في ثمنه .

(٦١) أي البائع .

(٦٢) لانها لن تعيد الى المشتري حقه بان تباع له السلعة بقيمتها الحقيقية بعد ان زاد البائع عليه الثمن .

(٦٣) حيث يتحالفان فيه . ولا يكون القول حينئذ قول المشتري ، مع احتمال أن يكون العبد أقل قيمة مما يدعيه البائع .

قالوا : ولان بالتحالف (٦٤) تجب القيمة وفى ذلك خروج عن القولين (٦٥) .

قلنا : ليس فيه خروج ، لانهما يدعيان الالف والالفين من جهة العقد (٦٦) ،

فأما مع زوال العقد (٦٧) فلا يدعيان ذلك (٦٨) ، ثم يبطل به اذا كانت السلعة قائمة .

فانا نردهما الى رد السلعة (٦٩) وان كانا لا يدعيان ذلك (٧٠) .

* مسألة (٦٠) : اذا مات أحد العبدين ، ثم اختلفا (١) تحالفا (٢) . / ١٤٢ ى .

---

(٦٤) أى عند اختلاف البائع والمشترى فى قدر الثمن .

(٦٥) أى قول المشترى والبائع المختلفين فى قدر الثمن ، لانهما لا يدعيانها ، وانما ادعى كل منهما ثمنا غير الذى يدعيه الاخر ، والقيمة غير الثمن .

(٦٦) أى من جهة ان العقد لازم لهما .

(٦٧) وذلك بفسخه عليهما بمجرد التحالف ، وقيل بفسخهما أو احدهما أو الحاكم بعد التحالف الا أن الصحيح انه لا ينفسخ بمجرد التحالف.
أنظر المنهاج ص٢ ٥ .

(٦٨) لان دعواهما فى الاختلاف فى قدر الثمن انما اعتبرت حين كان العقد لازما لهما واما بعد الفسخ فلا تعتبر دعواهما فليس فى الحكم عليهما بالقيمة بعد الفسخ خروجا عن قولهما الذين يدعيانهما فى قدر الثمن .

(٦٩) أى نوجب عليهما رد السلعة ، أى بعد التحالف.

(٧٠) أى وانما يدعى كل منهما للسلعة ثمنا يخالف ما يدعيه الاخر ،

(١) فى نسخة ((ب)) : ثم تخالفا تحالفا . / أى ثم اختلفا فى ثمن العبد الميت منهما .

(٢) وصورة ذلك : ان يشترى عبدين صفقة واحدة ، ثم يتلف أحدهما قبل تمام الصفقة أى قبل تسليم المبيع مثلا واختلفا فى ثمن التالف منهما . فانهما يتحالفان .
أنظر فتح العزيز جـ٩ ص ١٩٤ .

وقال أبو حنيفة : لا يتحالفان.(٣)

لنـا : هو انه سبب(٤) لفسخ البيع(٥) ، فجاز ان يفسخ في احد هما ، كالرد بالعيب.(٦)

قالوا : القياس(٧) أن القول قول المشترى الا فيما خصه الخبر.(٨)

قلنا : بل القياس أن يتحالفا.(٩)

---

(٣) أى بل القول قول البائع ، أنظر فتح القدير جـ٦ ص ٧٤ .

وعند الحنابلة: القول قول المشترى . كشاف القناع جـ٣ ص ٢١٣ . المغني جـ٤ ص ١٢١ قال : وان اختلفا في قيمة التالف فالقول قول المشترى مع يمينه . أهـ .

وذكر في المحرر جـ١ ص ٣٢٧ عن أحمد قولا آخر أن القول فيه قول البائع.

ولم أجد قول ابن حزم ولا المالكية في هذه المسألة .

(٤) أى هلاك بعض المبيع قبل القبض.

(٥) لفوات المبيع أو بعضه قبل القبض.

(٦) حيث يجوز له رد بعض المبيع اذا كان معيبا .

بجامع ان كلا سبب لفسخ البيع، اما الاصل فهو الرد بالعيب واما الفرع فهو بالوفاة أحد العبدين المبيعين ، ولما كان حكم الاصل جواز رد بعض المبيع بسبب وجود عيب فيه سابق على القبض، كان حكم الفرع كذلك فيرد العبد الثاني بعد التحالف ويفسخ البيع أيضا لذلك .

(٧) أى الاصل والقاعدة .

(٨) أى فيما استثناه الدليل من كتاب أو سنة من تلك القاعدة أو الأصل .

ولا دليل هاهنا يخصص تلك القاعدة فبقيت على عمومها فيكون القول قول المشترى ولا يتحالفان .

(٩) لان كلا منهما مدع ومدعى عليه . اذ هو ينكر ما يقوله صاحبه وكذا الاخر، والاصل أن البينة على المدعى ولا بينة لاحدهما على الاخر هنا واليمين على من أنكر وكلاهما منكر على صاحبه ما يدعيه فيتحالفان وينفسخ البيع بنفسه =

* مسـألة (٦١) : اذا مات المتبايعان[1]، تحالف الورثة[2]./١٤٢ت.

وقال أبو حنيفة : لا يتحالفون[3] الا اذا كانت السلعة في يد ورثة البائع.[4]

لنـا : انه يمين توجهت في المال على الموروث ،فتوجهت على الـوارث، كما لو ادعى عليه[5] مال فأنكره[6]، ولأن كل حالة تحالف فيها المتعاقـدان،

= بالتحالف وقيل:بل يفسخه البائع وقيل: المشترى وقيل:الحاكم وقيـل: بفسخهما معا . والصحيح انه لا ينفسخ بمجرد التحالف . وقد سـبق هذا في التعليق على المسألة قبل هذه. أنظر المنهاج ص٥٢.

(١) أى واختلف الورثة في المبيع تحالفوا ، سواء كان المبيع بيد ورثة البائع أم لا ؟

(٢) أنظر : فتح العزيز جـ٩ ص ١٥٣ . المنهاج ص٥٢. المجموع جـ١٢ ص٩٠.
وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى جـ٢ ص ١٨٥ . كشاف القناع جـ٣ ص٢٢٦
المغنى جـ٤ ص١٤٩.

(٣) في نسخة ((ب)) : لا يتحالفان ./ أى الطرفان وهما : ورثة البائع وورثة المشترى .

(٤) المبسوط جـ١٣ ص ٣٢ ص ٣٣.
ولم أجد قول المالكية ولا ابن حزم في هذه المسألة .

(٥) سقط قوله (عليه من نسخة ((ب)) ./ والفعل (ادعى) مبنى للمجهول .

(٦) سقط الضمير في قوله (فانكره) من نسخة ((ب)) ./ أى حيث يجب تحليف المنكر .
والجامع في القياس المذكور هو انه يمين توجهت في المال على الموروث فـي كل من الاصل وهو مالو ادعى عليه مال فانكره والفرع وهو مالو مات المتبايعان واختلف الورثة ، ولما كان حكم الاصل تحليف منكر المال المدعى به عليـه، كان حكم الفرع كذلك فيحلف الورثة أيضا .

تحالف فيها ورثتهما ، كما لو كانت السلعة في يد ورثة البائع.(٧)

قالوا : المستحق عليهم ورثة المشترى ، فكان القول قولهم ، كما لو ادعى عليهم مال(٨) من غير عقد.(٩)

قلنا : يبطل به اذا كانا باقيين.(١٠)

---

(٧) حيث يتحالف الطرفان معا .
بجامع وجوب التحالف على المتعاقدين ، في كل من الأصل وهو مالو كانت السلعة في يد ورثة البائع والفرع وهو مالو لم تكن السلعة في يد ورثة البائع بل في يد ورثة المشترى أو تالفة .
ولما كان حكم الاصل وجوب التحالف على الورثة فيه ، كان حكم الفرع كذلك فيتحالفان أيضا لذلك .

(٨) في نسخة ((ب)) : مالا ./ على جعل (ادعى) مبنية للمعلوم . وفاعل ادعى ، شخص ، أي كما لو ادعى عليهم شخص مالا من غير عقد ولا بينة .

(٩) حيث القول قول الورثة في ذلك .
بجامع الاستحقاق على ورثة المشترى في كل من الاصل وهو مالو ادعى شخص مالا على ورثة المشترى ، والفرع وهو مالو اختلف ورثة البائع مع ورثة المشترى . ولما كان حكم الاصل هو أن القول قول ورثة المشترى لان الاصل معهم وهو براءة ذمة مورثهم حتى يقوم دليل على خلافه ، كان حكم الفرع كذلك فيكون القول قول ورثة المشترى فلا يتحالفان الا أن تكون السلعة بيد ورثة البائع كقرينة على صدق دعواهم .

(١٠) حيث يتحالفان سواء كانت السلعة قائمة أو تالفة .

* مسـألة (٦٢) : اذا اختلف المتبايعان فى الاجل أو الخيـار[(١)] ، تحالفا .[(٢)] / ١٤٢ش.

وقال أبو حنيفة : القول قول من ينفيه .[(٣)]

لنا : انهما اختلفا فى صفة العوض ، فأشبه اذا اختلفا فى الصحاح والمكسرة،[(٤)] ولان كل واحد منهما مدع ومدعى عليه ، فأشبه ماذكرناه .[(٥)]

---

(١) فى الاصل (والخيار) بالواو . والاولى ماأثبتناه من نسخة ((ب)) (أو) .

(٢) الام جـ٣ ص٩٠ . المنهاج ص٥٢ . الوجيز جـ١ ص١٥٢ .
وهو قول المالكية : الشرح الصغير جـ٢ ص٩٠ . الجواهر جـ٢ ص٦٤ . شرح المنح جـ٢ ص٧٤٥ .

(٣) قال فى المبسوط جـ١٣ ص٣٠ : واذا اختلفا البائع والمشترى فى الأجل فالقول قول البائع ولا يتحالفان . أهـ . خلافا لزفر .
وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى جـ٢ ص١٨٦ . كشاف القناع جـ٣ ص٢٢٦
وقد ذكر فى المغنى جـ٤ ص١٤٨ رواية أخرى كقول أبى حنيفة .
وبه يقول ابن حزم : المحلى جـ٩ ص٣٢٣ وزاد وجوب اليمين عليه .

(٤) أى فى أيهما وقع العقد عليه ثمنا للمبيع ، حيث يتحالفان اذن .
والجامع فى القياس المذكور الاختلاف فى صفة العوض فى كل من الاصل وهو مالو اختلف المتبايعان فى الصحاح والمكسرة ، والفرع وهو مالو اختلفا فى الاجل والخيار . ولما كان حكم الاصل هو انهما يتحالفان كان حكم الفرع كذلك فيتحالف المتبايعان المختلفان فى الاجل والخيار أيضا لذلك .

(٥) وهو مالو اختلفا فى الصحاح والمكسرة ، حيث يتحالفان اذن .
بجامع ان كل واحد منهما مدع ومدعى عليه فى كل من الاصل وهو ما لو اختلفا فى الصحاح والمكسرة ، والفرع وهو مالو اختلفا فى الاجل والخيار . ولما كان حكم الاصل وجوب التحالف عليهما كان حكم الفرع كذلك ، فيتحالفان أيضا لذلك .

قالوا : فقد الاجل (٦) لا يبطل العقد (٧) ، فلا يجوز أن يفسخ العقد لاجلـــه ، كما لو اختلفا في الحط (٨) والابراء (٩) .

قلـنا : دعوى مازاد (١٠) على الالف لا يبطل العقد (١١) ، ثم يفسخ العقد لاجله (١٢) ،

---

(٦) أي عدم وجوده في العقد أصلا . كما في بيع التخاير .

(٧) في نسخة ((ب)) : قالوا : دعوى الاجل لا تبطل العقد .

(٨) وهو الوضع ، واصله الحدر من علو الى سفل ، ومنه استحطه وزره اذا سأله أن يحطه عنه ،والاسم منه : الحطة ،بكسر الحاء المهملة وتشـــديد الطاء ، ومنه قوله تعالى (وقولوا حطة) البقرة آية /٥٨ أي حط عنـــا ذنوبنا أو مسألتنا حطة أي ان تحط عنا ذنوبنا . أنظر القاموس ج٢ ص٣٥٤ .
والمقصود هنا: ان البائع لو وضع عن المشتري بعض الثمن ثم اختلفـــا في القدر المحطوط .

(٩) حيث لا يفسخ العقد بسبب الخلاف على الحط والابراء .
والابراء : افعال من البراءة ،تقول : برئ زيد من دينه يبرأ مهمـــــوز من باب تعب براءة اذا سقط عنه طلبه ،فهو برئ وبارئ وبراء بالفتـــح والمد وابرأته من دينه أي اسقطت عنه طلبه . أنظر المصباح ج١ ص٥٣ .
بجامع عدم بطلان العقد بفقده أصلا ،في كل من الاصل وهو الحـــط والابراء والفرع وهو الاجل والخيار ولما كان حكم الاصل أن القول قـــول من ينفي الحط والابراء ، كان حكم الفرع كذلك فيكون القول قول من ينفـــي الاجل والخيار أيضا لذلك .

(١٠) في الاصل : فقد مازاد ./ ولا معنى له .

(١١) في نسخة ((ب)) : بالعقد .

(١٢) سقط قوله (ثم يفسخ العقد لاجله) من نسخة ((ب)) .

ولأن عندنا لا يفسخ لا جل الاجل [١٣]، وانما يفسخ لان العوض صار مجهـــولا [١٤] فيجعل كالمعدوم [١٥]، ولا يمكن امضاؤه [١٦] مع عدمه [١٧]، ويخالف الحط والابــــراء، فان ذلك اختلاف في معنى طرأ على العقد [١٨]، والاصل عدمه، وهاهنـــــا [١٩] اختلاف في صفة العقد [٢٠].

قالوا : اختلاف [٢١] في غير المعقود عليه، فكان القول قول من ينفيه [٢٢]، كمــــا

---

(١٣) أي بسبب الاختلاف على الاجل وتحديده . انظر التنبيه ص ٦٨ .

(١٤) وانما صار العوض هنا مجهولا لان الاجل يقابله قسط من الثمن فـــاذا كان الاجل مجهولا كان جزء من الثمن مجهولا به . وذلك لا يجوز .

(١٥) أي فيجعل العوض كأنه معدوما وحينئذ فلا بيع لان العلم بالثمن مـــن اركان البيع وقد فقد في هذا العقد فيبطل به .

(١٦) أي العقد الذي يكون العوض فيه مجهولا .

(١٧) أي العوض، لانه ركن من اركان العقد .

(١٨) في نسخة ((ب)) : على العذر . / وهو تحريف .

(١٩) أي في الاختلاف في الخيار والاجل في العقد .

(٢٠) أي فلا يصح قياس ما كان طارئا على العقد اعني الحط والابراء علـــى ما هو أصل فيه أعني العوض اذ هو ركن في عقد البيع، والاجل والخيـــار من أوصاف ذلك العوض لان لهما مقابلا من الثمن . فقياس الطارئ علـــى العقد على الاصيل فيه قياس مع الفارق .

(٢١) أي الاختلاف في الاجـــل والخيـــار اختلاف في غير المعقود عليه وهو المبيـــع .

(٢٢) في نسخة ((ب)) : قول من يثبته . / وما في الاصل هو الصواب.

لو اختلفا فى خيار فاسد (٢٣) .

قلنا : بل الاجل معقود عليه (٢٤) ، ويقابله قسط من الثمن (٢٥) ، ولهذا لا يجوز عندهم بيع السلعة من بائعها بأقل من الثمن ، ولا بمثله مؤجلا (٢٦) ، والمعنى فى الاصل (٢٧) ان أحدهما يدعى مايفسد العقد (٢٨) ، والظاهر من العقد الصحة (٢٩) ، وهاهنا (٣٠) اختلفا فيما لا يفسد العقد (٣١) فهو كما لو اختلفا فى الصحاح والمكسرة (٣٢) .

---

(٢٣) يفسد الخيار بتعليقه على مجهول ، كما لو قال اشتريت منك هذه السلعة ولى الخيار حتى مجئ زيد من السفر وكان وقت مجيئه غير معلوم .
والجامع فى القياس المذكور هو انه اختلاف فى غير المعقود عليه فى كل من الاصل وهو مالو اختلفا فى خيار فاسد والفرع وهو مالو اختلفا فى الاجل والخيار ولما كان حكم الاصل ان القول قول النافى فى الخيار الفاسد كان حكم الفرع كذلك فيكون القول قول من ينفى الخيار أو الاجل ، أيضا لذلك .

(٢٤) لانه من أوصاف العوض وهو ركن فى عقد البيع ولانه يقابله قسط من الثمن كما سيذكر المصنف الان .

(٢٥) فى الاصل : ويقابله فسقط . / وهو خطأ من الناسخ .

(٢٦) أنظر التبيين جـ٤ ص٥٣ .

(٢٧) أى المقيس عليه فى قياسهم وهو مالو اختلفا فى خيار فاسد .

(٢٨) لأن الخيار الفاسد يفسد به العقد ، لانه يؤدى الى التنازع فيه .

(٢٩) أى والاصل العمل بالظاهر ولذلك قدم قول من ينفى فساد العقد .

(٣٠) أى فيما لو اختلفا فى الاجل والخيار ، وهو موضوع هذه المسألة .

(٣١) أى فيما لو اختلفا فيه ، وهو الاجل والخيار . لانه يمكن أن يلغيه أصلا من العقد بأن يتبايعا على الخيار .

(٣٢) حيث لا يفسد العقد باختلافهما عليها .
والجامع فى القياس المذكور هو الاختلاف فيما لا يفسد به العقد فى كل من الاصل وهو مالو اختلفا فى الصحاح والمكسرة من الدنانير والدراهم التى جعلت ثمنا للمبيع ، والفرع وهو مالو اختلفا فى الاجل والخيار . ولما كان حكم الاصل عدم فساد العقد بالاختلاف فى الصحاح والمكسرة ، كان حكم الفرع كذلك فلا يفسد العقد بالاختلاف فى الاجل والخيار أيضا لذلك .

* مسألة (٦٣) : اذا اختلف المتبايعان بدئ بيمين البائع على المنصوص(١) ٠/١٤٢ش.

وقال أبو حنيفة : يبدأ بيمين المشترى.(٢)

لنا : ماروى عبد الله(٣) قال : (حضرت رسول الله صلى الله عليه وسلم فأمر البائع أن يستحلف ثم يخير المبتاع ، ان شاء أخذ وان شاء ترك(٤)) .

---

(١) الوجيز جـ١ ص ١٥٣ . وذكر قولا ثانيا : ان البداءة تكون بالمشترى وثالثا : انهما يتساويان فيقرع بينهما فمن قرع بدئ به ، ورابعا : يقدم أحدهما في اليمين بحكم القاضى ، وأنظر المجموع جـ١٢ ص ٧٢ فقد ذكر الأقوال الأربعة هذه أيضا . وصحح الأول منها . وأنظر المنهاج جـ٢ ١٥٢ أيضا .

وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى جـ٢ ص ١٨٥ .كشاف القناع جـ٣ص٢٢٤- المغنى جـ٤ ص ١٤٤ .

وبه يقول المالكية : الجواهر جـ٢ ص٦٤ . شرح المنح جـ٢ ص ٧٤٨ . الشرح الكبير جـ٢ ص١٩٠ .

(٢) لعل الصواب انه : يبدأ ببينة المشترى فان لم يقمها حلف البائع، أنظر الهداية جـ٦ ص ٢٥ . التبيين جـ٤ ص ٣٩ . مجمع الأنهر جـ١ ص ٤٨-٤٩ .

وذهب ابن حزم الى أن البدء يكون بيمين مبطل البيع منهما . المحلى جـ٩ص٣٢٣

(٣) هو ابن مسعود . أنظر ترجمته في المسألة رقم (٥٩) هامش (٢٣) .

(٤) رواه النسائى جـ٥ ص ٣٠٣ تحت عنوان : اختلاف المتبايعين في الثمن من طريق أبى عبيدة بن عبد الله بن مسعود ان رجلين اتياه وقد تبايعا سلعة فقال أحدهما اخذتها بكذا وبكذا وقال هذا بعتها بكذا وكذا فقال أبو عبيدة أتى ابن مسعود فى مثل هذا فقال : حضرت رسول الله صلى الله عليه وسلم . . . الحديث.

ورواه الدارقطنى جـ٣ ص ١٩ رقم/ ٦٢ من طريق أبى عبيدة أيضا =

ولأن البائع أقوى حينئذ[٥] لان السلعة ترجع اليه ،فكان البداية به أولى .

قالوا : البداية بالمشترى أولى ، لانه يقضى عليه بتسليم الثمن اذا نكل[٦] ،

ولا يقضى على البائع بتسليم المبيع.

قلنا : لا يقضى عندنا بالنكول[٧] ، ولا على المشترى بتسليم الثمن .

* مسألة (٦٤) : اذا قال البائع : لا اسلم حتى اقبض وقال المشترى لا اسلم حتى اقبض أجبر البائع[١] . / ١٤٢ ش.

= قال ابن حجر: وفيه انقطاع على ماعرف من اختلافهم في صحة سماع أبي عبيدة من أبيه ،واختلف فيه على اسماعيل بن أمية ،أهـ التلخيص جـ٣ ص٣٠ رقم / ١٢٢١

وضعفه ابن حزم فقال : وهذا لا شئ ،لأن أبا عبيدة بن عبد الله بن مسعود سئل اتذكر من أبيك شيئا ؟ قال :لا . أهـ المحلى جـ٩ ص٣٢٦ .

(٥) فى الاصل (أقوى جنبة) وهى غير واضحة المعنى .
وما أثبتناه من نسخة ((ب)) : والمعنى : ولان البائع أقوى حين الاختلاف من المشترى لما علله به بعد .

(٦) فى المختار ص ٦٧٩ : نكل عن العدو وعن اليمين من باب دخل ،أى جبن .
قال أبو عبيد : نكل بالكسر لغة فيه وانكرها الاصمعى .أهـ .
وفى المصباح جـ٢ ص٢٩٦ : قال أبو زيد : نكل اذا أراد أن يصنع شيئا فهابه ونكل عن اليمين : امتنع منها .أهـ .

(٧) أنظر المنهاج ص١٣٠ . كتاب دعوى الدم والقسامة .

(١) المختصر ص ٨٧ . الام جـ٣ ص٨٧ . المنهاج ص٤٩ : وفى قول - أجبر - المشترى ،وفى قول لا اجبار فمن سلم أجبر صاحبه وفى قول يجبران . أهـ
ثم قال : قلت : فان كان الثمن معينا سقط القولان الاولان وأجبرا فى الاظهر. أهـ ورجح فى الوجيز جـ١ ص١٤٦ القول بتساويهما فى الاجبار فمن ابتدأ منهما أجبر صاحبه على الدفع.

وقال أبو حنيفة : يجبر المشترى.(٢) (٣)

لنا : ان حق المشترى فى العين،(٤) وحق البائع فى الذمة،(٥) فقدم صاحب العين،(٦) كالمرتهن والمجنى عليه مع سائر الغرماء،(٧) ولان العقد

---

(٢) فى الاصل (يخير) . وهو تصحيف.

(٣) الهداية جـ٥ ص ٤٩٦ . التبيين جـ٤ ص١٤ . مجمع الانهر جـ٢ ص٢١ .
وهو قول المالكية : القوانين ص ٢٧٢ .
وذهب الحنابلة الى أنه ينصب عليهما عدل يقبض الثمن والمبيع ، ويسلم المبيع للمشترى ثم يسلم الثمن للبائع.
أنظر شرح المنتهى جـ٢ ص ١٨٧ . كشاف القناع جـ٣ ص ٢٢٧ . وذكر فى المغنى جـ٤ ص ١٤٩ عن أحمد رواية أخرى ان البائع يجبر على تسليم المبيع على الاطلاق .
ومحل تنصيب العدل عندهم اذا كان الثمن عينا أو عرضا بعرض .
وذهب ابن حزم الى أنهما يجبران معا على تسليم الثمن والمبيع معا .
المحلى جـ٩ ص ٣٩٧ .

(٤) أى المبيع .

(٥) وهو الثمن .

(٦) أى فيعتبر جانبه فلا يجبر على تسليم الثمن حتى يدفع اليه البائع العين .

(٧) حيث يقدم حق المرتهن لكونه متعلقا بعين المال ، وكذا حق المجنى عليه يقدم على حق سائر الغرماء أيضا
بجامع تعلق الحق بعين المال فى كل من الاصل وهو حق المرتهن والمجنى عليه مع سائر الغرماء والفرع هو حق المشترى فى عين المبيع.
ولما كان حكم الاصل تقديم حقه فيه ، كان حكم الفرع كذلك فيقدم حق المشترى أيضا ويجبر البائع على التسليم .

استقر من جهة المشترى، (٨) فيجب أن يستقر من جهة البائع، (٩) ولان البائع يتصرف في الثمن، (١٠) فوجب أن يتصرف المشترى في المبيع. (١١)

قالوا : محبوس (١٢) لاستيفاء الدين، (١٣) فلم يجب رفع اليد (١٤) عنه حتى يستوفى كالمرهون. (١٥)

قلنا : الرهن وثيقة (١٦) وليس بعوض، والمبيع عوض، ومن حكم العوضين

---

(٨) لصدور القبول من جهته .

(٩) بتسليم المبيع الى المشترى .

(١٠) أى بعد العقد لانتقال ما يقابله وهو السلعة الى المشترى .

(١١) لدخوله فى ملكه بقبوله للبيع.

(١٢) أى المبيع محبوس عن المشترى .

(١٣) وهو الثمن المتعلق بذمة المشترى .

(١٤) فى نسخة ((ب)) : دفع اليد عنه . / أى عن المبيع.

(١٥) حيث لا يجب على المرتهن رفع يده عنه حتى يستوفى دينه من الراهن . بجامع الحبس لاستيفاء الدين فى كل من الاصل وهو المرهون والفرع وهو المبيع، ولما كان حكم الاصل عدم وجوب رفع اليد عن المرهون حتى يستوفى الدين كان حتى الفرع كذلك فلا يجب رفع يد البائع عن المبيع حتى يستوفى البائع الثمن من المشترى أيضا لذلك .

(١٦) أى وسيلة يتوثق بها الحق لضمان الدين ، وليس مقابل ذلك الدين . والمقصود انه لا يصح قياس حبس البائع السلعة عن المشترى حتى يستوفى منه الثمن على المرهون حيث يحبس عن صاحبه حتى يؤدى الدين لانه قياس مع الفارق اذ الثمن عوض عن السلعة وليس المرهون عوضا عن الدين ، والقياس مع الفارق باطل .

ان يتساويا ، وذلك فيما قلناه.(١٧)

قالوا : مال المشترى معين ، فوجب ان يعين مال البائع.(١٨)

قلنا : قد رضى البائع بعدم التعيين،(١٩) فهو كما لو باع بثمن مؤجل يجبر على تسليم المبيع(٢٠) ويصبر حتى يحل الثمن » ولان التعيين يراد للتصرف(٢١) وهو يقدر(٢٢) على التصرف قبل القبض.(٢٣)

* مسألة (٦٥) : اذا باع من نفسين شيئا فنقد أحدهما ، ثمن نصيبه سلم اليه(١) ٠/٢/١٤٢ش.

---

(١٧) يعنى ان ذلك يتحقق باجبار البائع على تسليم السلعة للمشترى.

(١٨) فى نسخة ((ب)) : مال المشترى متعين وهو السلعة فوجب أن يتعين مال البائع الذى فى الكيس أو فى الذمة .

(١٩) أى تعيين الثمن . وذلك لانه اطلق ولم يشر الى ثمن معين . والا بان اشار فالاظهر انهما يجبران معا على التسليم . كما فى المنهاج ص٤٩ .

(٢٠) لرضاه بالتأجيل فيه .

(٢١) أى لاباحة التصرف فى المبيع للمشترى .

(٢٢) أى البائع.

(٢٣) أى بخلاف المشترى .
لان المبيع قبل أن يقبضه المشترى فى ضمان البائع فهو فى ملكه فله حق التصرف فيه .

(١) بناء على القول بتعدد الصفقة بتعدد المشترى كما هو اظهر القولين .
أنظر المنهاج ص٤٧ . وأنظر شرح المحلى جـ٢ ص١٨٩ . الوجيز جـ١ ص١٤٠
وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى جـ٢ ص١٧٩ .

وقال أبو حنيفة : لا يسلم اليه حتى يقبض جميع الثمن.(٢)

لنـا : هو انه سلم مالزمه من الثمن ، فلم يجز حبس حصته عنه ببقـاء الثمن على شريكه ،كما لو اشتريا(٣) في صفقتين(٤).

قالوا : محبوس لاستيفاء الدين ، فلم يلزم(٥) تسليم شئ مع بقاء شئ من دينه ، كما لو كان المشترى واحدا و(٦)كالمرهون(٧).

---

(٢) لم أقف على قولهم فى مظانه.
كما لم أقف على قول المالكية وابن حزم أيضا.

(٣) فى نسخة ((ب)) : كما لو اشتركا فى صفقتين.

(٤) أى منفصلتين ، حيث لا يجوز حبس المبيع عن احدهما اذا لم يسلم الاخـر ثمن ما اشتراه.
بجامع تسليم مالزم من الثمن فى كل من الاصل وهو مالو اشتركا فى صفقتين والفرع وهو مالو باع من نفسين شيئا فنقد احدهما ثمن نصيبه.
ولما كان حكم الاصل وجوب تسليم نصيبه من الصفقة كان حكم الفرع كذلك فيجب تسليم نصيبه من المبيع أيضا لذلك.

(٥) فى نسخة ((ب)) : فلم يلزمه.

(٦) سقط حرف (الواو) من الاصل. وقد اثبتناها من نسخة ((ب)).

(٧) حيث لا يسلم المشترى والراهن السلعة مالم يؤد جميع مالزمه.
والجامع فى القياس المذكور هو انه محبوس لاستيفاء الدين فى كل من الاصل وهو مالو كان المشترى واحدا ولم يدفع ثمن المبيع أوما لو كان الشئ مرهونا ،والفرع وهو مالو باع من نفسين شيئا فنقد احدهما نصيبه من الثمن.
ولما كان حكم الاصل عدم وجوب تسليم المبيع مع بقاء شئ من ثمنه وعدم تسليم المرهون مع بقاء شئ من دينه ،كان حكم الفرع كذلك فلا يسلم المبيع الذى دفع احدهما ثمن نصيبه منه أيضا لذلك.

قلـــنا : يبطل به اذا باعه من نفسين فى صفقتين (٨) ، والمشترى الواحـــد لا نسلم فى أصح الوجهين (٩) والرهن وثيقة وليس بعوض (١٠) ، وهذا عوض (١١) ، (١٢) فوجـب التسليم بازاء ماسلم .

---

(٨) أى منفصلتين ، اذ يجوز له تسليم المبيع وان كان أحد هما لم ينقد ثمن صفقته .

(٩) فى نسخة ((ب)) : فى أصح القولين . / وهذه أصح . أنظر الوجيز جـ١ص١٤٠ .

(١٠) سقطت الواو فى (وليس) من نسخة ((ب)) .

(١١) أى الثمن .

(١٢) لانه فى مقابل مااشتراه من تلك الصفقة .
أى وهذا فارق يبطل به قياسهم البيع على الرهن .

" مســـائل البيوع الفاسدة (*) "

* مسألة (٦٦) : لا يجوز بيع العبد الجانى ، فى أحد القولين (١) ./ ١٤٣ث .

(*) الفساد ضد الصلاح ، وهو مرادف للبطلان عند جمهور الاصوليين ويقابل الصحة الشرعية سواء كان ذلك فى العبادات أو المعاملات الا عند الحنفية ، فقد فرقوا بينهما بأن الفاسد هو ما شرع باصله ومنع بوصفه ،كالصلاة فى الارض المغصوبة فان الصلاة مشروعة فى أصلها ، الا أن وصفها بانها فى أرض مغصوبة منع صحتها لحرمة الغصب .
واما الجمهور: فذهب بعضهم الى بطلانها وبعضهم الى صحتها وعلل القول بالصحة بانفكاك الجهة ،اذ هى مشروعة من جهة كونها صلاة ،ودخول وصف الغصب عليها لا يؤثر فيها ،فيكون المصلى مأجورا على صلاته موزورا على غصبه لتلك الارض.
واما الباطل عند الحنفية:فهو ما منع باصله ووصفه كالبيوع الربوية .
ويجرى التفريق بين الباطل والفاسد عندهم فى المعاملات دون العبادات.
ومعنى الفساد عند الاصوليين:هو عدم ترتب أثر العبادة أو المعاملة عليها .
أنظر تيسير التحرير جـ٢ص٢٣٦ . شرح الكوكب جـ١ ص٤٧٣ .التمهيد ص٥٩ .

(١) فى نسخة ((ب)) : فى أحد الأقوال ./ والصواب مافى الاصل .
وهذا هو اظهر القولين . المنهاج ص ٤٥ . المختصر ص ٤٣ . المجموع جـ١١ ص ٥٢٥ .
الوجيز جـ١ ص١٣٤ الا انه جعل جواز بيعه أقوى القولين .

وقال أبو حنيفة : يجوز.(٢)

لنـا : هو انه عبد تعلق برقبته دين آدمي (٣)، فلا يجوز بيعـه، كالمرهون(٤)، ولان حق الجناية آكد لانه يسقط الرهن(٥)، فهو بالمنع(٦) أولـى(٧)،

---

(٢) التبيين جـ٤ ص ٤٢ . فتح القدير جـ٦ ص ٣٥ وأنظر الكفاية أيضا .
وهو قول الحنابلة: شرح المنتهى جـ٢ ص ١٨١ . كشاف القناع جـ٣ ص ٢١٥ .
المغنى جـ٤ ص ١٢٨ .
وبه يقول المالكية اذا أمضى مستحق الجناية البيع . الشرح الصغير جـ٢ ص ٧ . الجواهر جـ٢ ص ٥ شرح المنح جـ٢ ص ٤٨٢ .ومنعه ابن القاسم ، كما في بلغة السالك جـ٢ ص ٧ .
ولم أقف على قول ابن حزم في هذه المسألة .

(٣) من رقم (٣) الى رقم (٨) الآتى ساقط من نسخة ((ب)) .

(٤) حيث لا يجوز للراهن بيع المرهون قبل وفاء دينه لتعلق حق المرتهن به . بجامع انه عبد تعلق برقبته دين آدمي في كل من الاصل وهو العبد المرهون والفرع وهو العبد الجاني . ولما كان حكم الاصل عدم جواز بيع العبد المرهون قبل الوفاء ، كان حكم الفرع كذلك فلا يجوز بيع العبد الجاني أيضا لذلك .

(٥) أي يبطله .

(٦) أي بمنع صحة البيع.

(٧) وجه الاولوية: ان الرهن تعلق به حق الراهن ومع ذلك منع صحة البيع، والجناية تعلق بها حق الله وحق الراهن فكان منعها لصحة البيع أولى من منع الرهن لصحته .

ولانه عبد تعلق برقبته حق[8] آدمي غير المولى ، فلا يجوز بيعه ، كالمكاتب.[9]

قالوا : يملك[10] اسقاطه[11] بالفداء[12] ، فاذا باع فقد اختار الفداء .

قلنا : لا يملك حتى يزن[13] ، كما لا يملك الفكاك[14] في الرهن حتى يزن .

مسألة (٦٧) : اذا باع عبده وعبد غيره أو امته وام ولده[1] فالبيع باطل في الجميع في أحد[2] القولين . / ١٤٢ ى .

---

(٨) هذه الكلمة وماقبلها الى رقم (٣) ساقط من نسخة ((ب)) كما تقدم .

(٩) حيث لا يجوز للسيد بيعه .
بجامع انه عبد تعلق برقبته حق آدمي غير المولى في كل من الأصل وهو المكاتب ، والفرع وهو العبد الجاني ، ولما كان حكم الأصل عدم جواز بيعه كان حكم الفرع كذلك فلا يجوز بيع العبد الجاني أيضا لذلك .

(١٠) أي البائع ، وهو السيد .

(١١) أي الحق الثابت على العبد بجنايته .

(١٢) في القاموس جـ ٤ ص ٣٧٣ : فداه يفديه فداء وفدى - بكسر الفاء - ويفتح وافتدى به وفاداه : اعطى شيئا فأنقذه . أهـ . أي ان يدفع للمجني عليه حقه المتعلق برقبة العبد ، لتسقط عنه المطالبة بالجناية .

(١٣) أي يزن المال المدفوع لفدائه ، أي حتى يقبض المجني عليه أو ورثته مال الفداء .

(١٤) في نسخة ((ب)) : انفكاكه .

(١) في نسخة ((ب)) : وام ولد غيره .

(٢) والاظهر صحته في عبده وامته . أنظر المنهاج ص ٤٧ . المجموع جـ ٩ ص ٣٧٧ وفي الوجيز جـ ١ ص ١٤٠ : ومهما باع الرجل ملك نفسه وملك غيره ففي صحة بيعه في ملكه قولان . أهـ قال في فتح العزيز جـ ٨ ص ٢٣٣ : أصحهما وهو اختيار المزني انه يصح . أهـ .

وقال أبو حنيفة : يصح في عبده وامته.(٣)

لنا : هو انه باع ما يملك تمليكه(٤) ومالا يملك(٥)، فأشبه اذا باع حرا وعبدا اوخلا وخمرا.(٦)

---

(٣) وذهب الصاحبان الى جواز ذلك اذا بين ثمن كل واحد منهما أعني ثمن عبده وثمن عبد غيره ، فيصح العقد وينفذ البيع في عبده دون عبد غيره ، والا بطل العقد جملة. وخالفهم زفر فابطل هذا البيع جملة كقول الشافعي . أنظر الهداية جـ٦ ص٨٩ . التبيين جـ٤ ص٦٠ .
ولم يذكر في المبسوط جـ١٣ ص٤ خلاف الصاحبين لابي حنيفة وكذا في مجمع الانهر جـ٢ ص٥٤ .
وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى جـ٢ ص١٤٣ . كشاف القناع جـ٣ ص١٤٧ وقد نص في المحرر جـ١ ص٣٠٥ على صحته في عبده وامته وذكر رواية أخرى انه باطل في الكل . وأنظر المغني جـ٤ ص١٧٩
وبالوقف على اجازة ذلك الغير يقول المالكية في المشهور من الاقوال عندهم، وقيل : لا يصح أصلا ، وقيل: يصح في غير العقار . أنظر بلغة السالك جـ٢ ص٧ والشرح الصغير أيضا . الجواهر جـ٢ ص٥ . شرح المنح جـ٢ ص٤٨١ . وقد نص صاحب القوانين على صحة البيع في هذه المسألة في ملكه مع وقفه في ملك الغير على اجازته . أنظر ص٢٨٦ .
وذهب ابن حزم : الى أن بيع مال الغير بغير اذنه مفسوخ ابدا سواء اجازه ذلك الغير فيما بعد أو لم يجزه ، فلا يجوز له امضاؤه بل يتراضى هو والمشتري على ابتداء عقد بيع فيه من جديد . أنظر المحلى جـ٩ ص٤٤٣ .
(٤) وهو عبد نفسه أو امته .
(٥) وهو عبد غيره أو أمة غيره أو ام ولد نفسه أو ام ولد غيره .
(٦) حيث لا يجوز ذلك البيع فيهما .
بجامع بيع ما يملك تمليكه ومالا يملك في كل من الاصل وهو مالو باع خلا وخمرا والفرع وهو مالو باع عبده وعبد غيره بغير اذنه .ولما كان حكم الاصل هو بطلان العقد في بيع الخمر والخل كان حكم الفرع كذلك فيبطل العقد في بيع عبده وعبد غيره أيضا لذلك .

قالوا : عبد الغير وام الولد يدخل في العقد (٧)، ولهذا لو أجاز المالك (٨) وحكم الحاكم في أم الولد نفذ (٩)، فاذا فسخ في احدهما (١٠)، بقى في الآخر، كما لو باع عبدين، ثم مات أحدهما قبل القبض. (١١)

قلنا : لا نسلم انه يدخل في العقد، ولا يجوز بالاجازة (١٢)، واذا حكم الحاكم (١٣) صح العقد من حين الحكم. (١٤)

---

(٧) أى يصح بيعه وان كان موقوفا على اجازة المالك في عبد الغير وعلى حكم القاضي في أم الولد. أنظر مجمع الانهر جـ٢ ص٥٤.

(٨) أى بيع عبد نفسه.

(٩) أى مضى البيع وصح العقد.

(١٠) لقيام المانع من بيعه فيه.

(١١) حيث لا يبطل به العقد في العبد الآخر.

بجامع دخوله في العقد في كل من الاصل وهو مالو باع عبدين ثم مات أحدهما قبل القبض، والفرع وهو مالو باع عبده وعبد غيره أو امته وأم ولد غيره، ولما كان حكم الاصل صحة العقد في العبد الاخر الذى لم يمت كان حكم الفرع كذلك فيصح العقد في عبده وامته وان بطل في عبد غيره وام ولد غيره ايضا لذلك.

(١٢) في نسخة ((ب)) : بالاجارة. / بالراء المهملة. ومعنى قوله : لا يجوز بالاجازة، أى لا يصح وان وافق مالك العبد أو الامة على بيع الاجنبي وتصرفه. لان الاجنبي لا يملك التصرف في ملك الغير وقت عقده ذلك البيع لا بوكالة ولا بولاية.

(١٣) أى بصحة بيع عبد الغير أو أمته.

(١٤) أى فقط، فيكون البيع قبل صدور حكم الحاكم بصحته باطلا لا موقوفا.

* مســـــألة (٦٨) : البيع الموقوف(١) والنكاح الموقوف باطل(٢) ./ ١٤٢ ى .

---

(١) من الوقف وهو الحبس ، ومنه قولك : وقفت الدار أى حبستها فى ســـبيل الله .أهـ أنظر المصباح جـ٢ ص ٣٤٦ .

فكأن المبيع محبوس عن الدخول فى ملك المشترى وعوده الى ملك البائع حتى يجيزه مالكه ، ويسمى بيع الفضولى . وهو بيع ملك الغير بلا إذنه .

وقد ذكر فى فتح القدير جـ٦ ص ٤١ صور البيع الموقوف وجعلها خمس عشرة : بيع العبد والصبى المحجورين أى موقوف على اجازة المولى والأب أو الوصى . وبيع غير الرشيد موقوف على اجازة القاضى . وبيع المرهون والمستأجر وما فى مزارعة الغير يتوقف على اجازة المرتهن والمستأجر والمزارع فلو تفاسخا الاجارة أو رد الرهن لوفاء أو ابراء لزمه ان يسلمه للمشترى . وكذا بيع البائع المبيع بعد القبض من غير المشترى يتوقف على اجازة المشترى وقبل القبض فى المنقول لا ينعقد أصلا حتى لو تفاسخا لا ينفذ وفى العقار على الخلاف المعروف . وبيع المرتد عند أبى حنيفة . والبيع برقمه . وبما باع فلان والمشترى لا يعلم موقوف على العلم فى المجلس . وبمثل ما يبيع الناس وبمثل ما أخذ به فلان . وبيع المال المغصوب ذكره محمد ان اقر الغاصب أو جحد وللمغصوب منه بينة ثم البيع . وبيع مال الغير .أهـ .

(٢) أى على أصح القولين وهو قوله فى الجديد . المجموع جـ٩ ص ٢٤٧ .الوجيز جـ١ ص ١٣٤ .المنهاج ص ٩٦ .

وهو قول الحنابلة : كشاف القناع جـ٥ ص ٤٠ . وذكر فى المحرر جـ١ ص ٣١٠ رواية اخرى انه يصح ويقف على الاجازة .

وأنظر المقنع ص ٩٨ . شرح المنتهى جـ٢ ص ١٤٣ .

وببطلانه يقول ابن حزم : المحلى جـ٩ ص ٤٤٣ .

وقال أبو حنيفة : يصح ، ويقف على الاجازة.(٣)

لنا : أنه(٤) احد شطرى(٥) البيع(٦) ، فلم يقف على الاجازة ، كالقبول.(٧)

فان قيل : القبول وجد نفاذا(٨) فى حق المشترى ، فلم يقف.(٩)

---

(٣) سقط قوله (ويقف على الاجارة) من نسخة ((ب)) . ومعنى الاجازة الاذن . أنظر المختار ص ١١٧ .

وأنظر المسألة فى : فتح القدير جـ٦ ص ٤١ . التبيين جـ٤ ص ٤٤ . مجمع الانهر جـ٢ ص ٥٣ .

وهو قول المالكية : القوانين ص ٢٧١ . الجواهر جـ٢ ص٥ . الشرح الصغير جـ٢ ص ٧ .

(٤) أى الايجاب وهو أحد جزئى صيغة العقد .

(٥) فى نسخة ((ب)) : أحد شرطى . / وهو تحريف .

(٦) والشطر الثانى للبيع هو القبول . أى فاذا انعدم احدهما لم يصح البيع.

(٧) حيث لا يصح العقد بدونه ولا يصح وقف العقد عليه .

بجامع أنه أحد شطرى العقد فى كل من الاصل وهو القبول والفرع وهو الايجاب ولما كان حكم الاصل عدم وقوف القبول على الاجازة كان حكم الفرع كذلك فلا يقف الايجاب عليها أيضا لذلك .

(٨) أى مضيا فى حق المشترى . ففى القاموس جـ١ ص ٣٦٠ : النفاذ جواز الشئ عن الشئ والخلوص منه ، كالنفوذ ومخالطة السهم جوف الرمية - بفتح فكسر فياء مشددة - . أهـ .

(٩) أى على الاجازة . والمقصود اثبات وجود فارق فى القياس المذكور بين الاصل وهو القبول والفرع وهو الايجاب لابطاله .

قيـــل : انما وجد نفاذا فى حق المشترى ،لانه لم يجد نفاذا فى حق المشترى له ،لعدم الاذن ،ولهذا لو وجد هناك (١٠) نفاذا بالاذن ،لم ينفــذ فى حق المشترى (١١) والبيع (١٢) لا يجد نفاذا فى حق المالك (١٣) ، ولا فى حق العاقــد (١٤) ، فوجب ان يبطل ،ولانه (١٥) بيع عين ،لا يقدر فيه على التسلم (١٦) ولا على التســليم فكان باطلا (١٧) ، كالطير فى الهواء (١٨) ، ولان البيع لا يقف على الملك (١٩) وهو أقــوى ، فلأن لا يقف على رضا الغير أولى .

---

(١٠) أى فى حق المشترى له .

(١١) لان المشترى يكون وكيلا حينئذ للمشترى له فلا يملك المبيع.

(١٢) فى نسخة ((ب)) : وهذا البيع. / وهى الصواب،ومافى الأصل ناقص.

(١٣) فى نسخة ((ب)) : فى حق المالك الذى عقد له .

(١٤) فى نسخة ((ب)) : فى حق العقد . / والصواب مافى الاصل .

(١٥) سقطت واو العطف فى (ولانه) من نسخة ((ب)) .

(١٦) فى الاصل : على التسليم / والصواب ماأثبتناه . ليستقيم المعنى مع مابعده

(١٧) فى نسخة ((ب)) : لا يقدر فيه على التسليم فكان باطلا .

(١٨) حيث لا يصح شراؤه ولا بيعه .
بجامع انه بيع عين لا يقدر فيه على التسلم ولا على التسليم ،فى كل من الاصـل وهو بيع الطير فى الهواء والفرع وهو البيع الموقوف . ولما كان حكم الأصـل بطلان بيع الطير فى الهواء كان حكم الفرع كذلك، فيبطل البيع الموقوف أيضـا لذلك .

(١٩) فى نسخة ((ب)) : لا يقف على الملك فى حق من اشتراه . / أى لا تتعلــق صحته على كون البائع مالكا له ،اذ قد يكون وكيلا فيه .
أو يكون المعنى بناء على مافى نسخة ((ب)) : ان البيع لا تتوقف صحته على كون البائع مالكا له فى حق المشترى ،اذ لا يطلب منه التحقق من كــون البائع مالكا له فعلا أولا ،لما فى ذلك من الحرج ،وانما يشترط ذلك فى البائع دونه .

ونقول في النكاح انه نكاح لا يتعلق به شيء من خصائصه[٢٠]، فكان باطلا كنكاح المعتدة والخامسة.[٢١] ولأن ماكان شرطا في الاستباحة بالنكاح، لم يقف العقد عليه[٢٢]، كالشهادة.[٢٣]

فان احتجوا : بأن النبي صلى الله عليه وسلم دفع الى حكيم بن حزام[٢٤] دينارا

---

(٢٠) أي ونقول في النكاح المعلق : انه نكاح لا يتعلق به شيء من خصائص النكاح أي مطالبه ومكوناته ، فكان التعليق فيه باطلا .

(٢١) سقطت حروف : الميم والسين والتاء من كلمة (الخامسة) في نسخة ((ب)) .
والجامع في القياس المذكور هو عدم تعلق شيء من خصائص النكاح به في كل من الاصل وهو نكاح المعتدة والخامسة ، والفرع وهو النكاح المعلق أو الموقوف.
ولما كان حكم الاصل بطلان نكاح المعتدة والخامسة ، كان حكم الفرع كذلك فيبطل النكاح المعلق أو الموقوف أيضا لذلك .

(٢٢) في نسخة ((ب)) : لم يقف العقد على جبره . / والمعنى ان ماكان وجوده شرطا في صحة النكاح ، لا يصح تعليق نفاذ العقد عليه .

(٢٣) حيث لا يصح وقف العقد على تحصيلها ، بل يبطل بعدمها .
بجامع ان كلا شرط في استباحة النكاح ، اما الاصل فهو الشهادة واما الفرع فهو القبول . ولما كان حكم الاصل عدم جواز وقف العقد على تحصيل الشهود ، كان حكم الفرع كذلك فلا يصح وقف العقد على القبول أيضا لذلك .

(٢٤) هو حكيم بن حزام بن خويلد بن اسد بن عبد العزى الاسدي ، أبو خالد وهو ابن أخي خديجة زوج النبي صلى الله عليه وسلم ، له أربعون حديثا ، اسلم يوم الفتح ، اعطاه النبي صلى الله عليه وسلم من غنائم حنين مائة من الابل ، ولد رضي الله عنه في جوف الكعبة قبل قدوم الفيل بثلاث عشر سنة ، كان جوادا كريما ، اعتق في الجاهلية مائة رقبة ، وفي الاسلام مثلها ، توفي سنة اربع وخمسين ، قال البخاري : عاش في الجاهلية ستين سنة وفي الاسلام ستين سنة. أنظر الخلاصة ص ٩٠ . الاصابة جـ١ ص ٣٤٩ .

ليشترى به اضحية ،فاشتراها بدينار ثم باعها بدينارين ، ثم اشترى اضحية بدينار،(٢٥) ودفع الى عروة البارقى(٢٦) دينارا ، ليشترى به شاة ،فاشترى شاتين وباع احداهما بدينار ،واتاه بشاة ودينار ،فدعا له بالبركة فى بيعه.(٢٧)

---

(٢٥) محل الشاهد فيه: انه اشترى شاة بدينار ثم باعها من غير اذن النبى صلى الله عليه وسلم له فى البيع وانما اذن له فى الشراء ، لكن صح بيعه وبقى معلقا ، ولما اجازه النبى صلى الله عليه وسلم مضى العقد .

والحديث رواه أبو داود جـ٣ ص٢٥٦ رقم/٣٣٨٦ باب فى المضارب يخالف .

ورواه الترمذى جـ٣ ص٥٥٨ رقم/١٢٥٧ . باب رقم/٣٤ . ولفظه : ان رسول الله صلى الله عليه وسلم بعث حكيم بن حزام يشترى له أضحية بدينار فاشترى أضحية فاربح فيها دينارا فاشترى اخرى مكانها ،فجاء بالاضحية والدينار الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : ضح بالشاة وتصدق بالدينار. أهـ قال أبو عيسى : حديث حكيم بن حزام لا نعرفه الا من هذا الوجه وحبيب بن أبى ثابت لم يسمع عندى من حكيم بن حزام .أهـ أى فهو منقطع .

وقد صححه النووى . أنظر المجموع جـ٩ ص٢٥٠ قال : اسناد الترمذى - صحيح واسناد الاخرين حسن- يعنى ابا داود وابن ماجه ولم أجده فيه- فهو حديث صحيح .أهـ .

الا أن البيهقى ضعفه فى السنن جـ٦ ص١١٣ باب المضارب يخالف.

(٢٦) هو عروة بن أبى الجعد الاسدى ،باسكان المهملة البارقى ،صحابى نزل الكوفة له ثلاثة عشر حديثا ،ولى قضاء الكوفة لعمر،وهو أول من قضى بها . وقد حضر فتوح الشام ونزلها ،ثم سيره عثمان الى الكوفة، قال شبيب بن غرقدة : رأيت فى دار عروة بن الجعد ستين فرسا مربوطة. أنظر الخلاصة ص٢٦٤ . الاصابة جـ٢ص٤٧٦ رقم/٥٥١٨ .

(٢٧) رواه أبو داود جـ٣ ص٢٥٦ رقم/٣٣٨٤ باب فى المضارب يخالف .
وتمامه : فكان لو اشترى ترابا لربح فيه .أهـ . =

قلنا : حديث حكيم يرويه رجل من أهل المدينة عن حكيم (٢٨)، والرجل مجهول ، وحديث عروة يرويه شبيب بن غرقده (٢٩)، عن رجل

= ورواه الترمذى جـ٣ ص٥٥٩ . رقم/١٢٥٨ باب رقم / ٣٤ ولفظه : عن عروة البارقى قال : دفع الى رسول الله صلى الله عليه وسلم دينارا لاشترى له شاة فاشتريت له شاتين فبعت احداهما بدينار وجئت بالشاة والدينار الى النبى صلى الله عليه وسلم فذكر له ماكان من أمره ، فقال : بارك الله لك فى صفقة يمينك ، فكان يخرج بعد ذلك الى كناسة الكوفة - اسم موضع بالكوفة . أنظر القاموس جـ٢ ص ٢٤٧- فيربح الربح العظيم فكان من أكثر أهل الكوفة مالا . أهـ .

قال النووى : اسناد الترمذى صحيح . أهـ . المجموع جـ٩ ص٢٥٠.

ورواه البخارى جـ٢ ص ٢٨٦ باب حدثنى محمد بن المثنى . ثم ساق هذا الحديث بسنده فقال : حدثنا على بن عبد الله أخبرنا سفيان حدثنا شبيب بن غرقده قال : سمعت الحى يحدثون عن عروة . .الحديث.

قال ابن القيم : وقد استدرك عليه روايته له عن الحى ، وهم غير معروفين وما كان هكذا فليس من شرط كتابه . أهـ . تهذيب السنن جـ٥ ص ٤٩ ، رقم / ٣٢٤٤ .

وكذا ضعفه الخطابى . أنظر نفس الصفحة . وضعفه البيهقى أيضا . جـ٦ ص ١١٣ باب المضارب يخالف.

(٢٨) هذا فى رواية أبى داود . واما رواية الترمذى فعن حبيب بن أبى ثابت عن حكيم بن حزام . لكن حبيبا لم يسمع من حكيم فكان منقطعا كما ذكرنا هنا فى الهامش رقم (٢٥) .

(٢٩) هو شبيب بن غرقدة بفتح ـجمة والقاف بينهما راء ساكنة ، السلمى روى عن عروة البارقى ، وروى ـبة ، سفيان ابن عيينة والثورى وأبو الاحوص وثقه أحمد بن حنبل ، له حديـ فى صحيح البخارى ، وهو هذا الذى ذكره المصنف ، أنظر الخلاصة ص ١٦٣ .

من الحي (٣٠) عن عروة ، والرجل مجهول ، ثم يحتمل (٣١) انه فوض اليهما ان يفعلا مايريان (٣٢)، والدليل عليه : ان حكيما باع وسلم ، واشترى شاة أخرى (٣٣)، والشراء لا يقف على الاجازة ، وعروة اشترى شاتين ، وعندهم احدى الشاتين (٣٤) تكون للوكيل (٣٥)، وقد باع وحمل الثمن الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فدل على ماقلنا (٣٦).

---

(٣٠) ليس في السند عبارة : عن رجل من الحي ، وانما فيه : عن شبيب ابن غرقدة حدثني الحي عن عروة . كما في سنن أبي داود جـ٣ ص ٢٥٦ باب في المضارب يخالف.
وكما في البخاري أيضا جـ٢ ص ٢٨٦ . وقد تقدم في الهامش رقم (٢٧) .

(٣١) أي على فرض صحته .

(٣٢) في نسخة ((ب)) : مايريانه . / أي فيكونان وكيلين ، والوكيل يتصرف بما فيه مصلحة الموكل .

(٣٣) في نسخة ((ب)) : ان حكيما باع وسلم ، والتسليم يقف على الاجازة فدل على أنه وكله ، وامره باشتراء شاة أخرى ، والشراء .. الخ .

(٣٤) في نسخة ((ب)) : وعندهم أحد الشاتين .

(٣٥) وهي الشاة الثانية لانه اشتراها بغير اذن الموكل لان الوكالة انما كانت على شراء شاة ، فتكون الثانية للوكيل . هذا عند الامام ، خلافا للصاحبين . أنظر مجمع الانهر جـ٢ ص ٢٣٣ .

(٣٦) في نسخة ((ب)) : على ماقلناه . / أي فلم يدفع اليه احدى الشاتين فقط كما هو الحال عندهم بل دفع الثمن كله ، فدل ذلك على أن النبي صلى الله عليه وسلم فوض الى كل من حكيم بن حزام وعروة البارقي أن يفعلا في الدينار مايريانه الاصلح له . وهو المراد بقوله : فدل على ماقلناه .

قالوا : روى أن النجاشي (٣٧) تزوج لرسول الله صلى الله عليه وسلم بام حبيبة (٣٨)، وكتب اليه فقبله. (٣٩)

---

(٣٧) هو اصحمة بصاد مهملة بعدها حاء مهملة أيضا بوزن أربعة، بن أبحر، ملك الحبشة، واسمه بالعربية عطية، والنجاشي لقب له، اسلم على عهد النبي صلى الله عليه وسلم ولم يهاجر اليه وكان ردءاً للمسلمين حين هاجروا الى الحبشة فرارا من اذى المشركين بمكة.
وقد صلى عليه النبي صلى الله عليه وسلم صلاة الغائب حين بلغه خبر وفاته، وقال: قد مات اليوم عبد صالح، فقوموا فصلوا على أصحمة. وكان ذلك في رجب سنة تسع، قاله الطبري، وقيل: كان قبل الفتح. قال ابن اسحاق عن يزيد بن رومان عن عروة عن عائشة لما مات النجاشي كنا نتحدث انه لا يزال يرى على قبره نور. أنظر الاصابة جـ١ ص ١٠٩.

(٣٨) أي سعى له في تزويجها. / واسمها رملة بنت أبي سفيان صخر بن حرب ابن أمية القرشية الاموية زوج النبي صلى الله عليه وسلم وقيل اسمها هند، ورملة أصح. هاجرت الى الحبشة مع زوجها عبيد الله بن جحش لكنه ارتد هناك عن الاسلام، وفارقها، فلما انقضت عدتها خطبها النجاشي لرسول الله واصدقها عنه أربعمائة دينار واولم عنه. توفيت بالمدينة سنة ٤٤ وقيل سنة ٤٢هـ. أنظر الاصابة جـ٤ ص٣٠٥، رقم / ٤٣٤.

(٣٩) رواه أبو داود جـ٢ ص ٢٣٥ كتاب النكاح باب الصداق. رقم / ٢١٠٨ ولفظه: عن الزهري ان النجاشي زوج أم حبيبة بنت أبي سفيان من رسول الله صلى الله عليه وسلم على صداق أربعة آلاف درهم وكتب بذلك الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقبل. أهـ. الا انه مرسل لانه عن الزهري عن أم حبيبة ولم يسمعها.
وبنحوه رواه النسائي جـ٦ ص ١١٩ تحت عنوان: القسط في الأصدقة. موصولا عن الزهري عن عروة بن الزبير عن أم حبيبة أن النبي صلى الله عليه وسلم تزوجها .. الخ.
ورواه الدارقطني جـ٣ ص٢٤٦ باب المهر. رقم/ ١٨ وافاد انها كانت تحت عبيد الله بن جحش الذى مات عنها على النصرانية. وسيأتي حكم المصنف على الحديث الان.

قلنا : يرويه عروة عن أم حبيبة فهو مرسل (٤٠)، وخالف عروة في هذا (٤١) الزهري وقتادة (٤٢) وقالا (٤٣) : تزوج بها رسول الله صلى الله عليه وسلم حين قدمت

---

(٤٠) هو ابن الزبير بن العوام الاسدى، أبو عبد الله المدنى، أحد الفقهاء السبعة واحد علماء التابعين، روى عن أبيه وامه وخالته عائشة وأبي هريرة، وقد سمع عن أم حبيبة كما نص على ذلك المزي في تهذيب الكمال جـ٥ ص ٤٦٤ فليس الحديث مرسلا اذن، وروى عنه أولاده عثمان وعبد الله وهشام ويحيى ومحمد وغيرهم. قال ابن سعد : ثقة كثير الحديث فقيه عالم ثبت مأمون. وقال العجلي : لم يدخل نفسه في شئ من الفتن. وقال ابن شوذب : كان يقرأ كل ليلة ربع القرآن، ومات وهو صائم سنة اثنتين وتسعين وقيل ثلاث وقيل اربع وقيل خمس. قال الخزرجي : قيل عروة عن أبيه مرسل. أهـ الخلاصة ص ٢٦٥.

(٤١) في نسخة ((ب)) : وخالفه. / ولعل الصواب ان يقال : يرويه الزهري عن أم حبيبة فهو مرسل. / لان الزهري لم يرو عنها، وروى عنها عروة كما ذكرنا عن المزي، ويكون عروة في قوله : وخالف عروة في هذا، مفعولا، والزهري وقتادة فاعلان للمخالفة.

(٤٢) الزهري : هو أبو بكر محمد بن مسلم بن شهاب الزهري، أبو بكر، أحد الائمة الاعلام، عالم الحجاز والشام، قال أيوب - السختياني - : ما رأيت أحدا أعلم من الزهري، وقد قال هو عن نفسه : مكثت خمسا وأربعين سنة اختلف بين الشام والحجاز فما وجدت حديثا استطرفه. كان قوى الحفظ، كريما، قال عمرو بن دينار : ما رأيت أحدا أهون عليه الدينار والدرهم من ابن شهاب، وماكانت عنده الا مثل البعرة.

توفى سنة اربع وعشرين ومائة. أنظر الخلاصة ص٣٥٩. الحلية جـ٣ ص٣٦٠.

واما قتادة : فهو ابن دعامة السدوسى، أبو الخطاب البصري، كان اكمها، وكان أحد الائمة الاعلام، من الحفاظ، وكان يدلس.

قال ابن المسيب : ما أتانا عراقي احفظ من قتادة، وقال ابن سيرين : قتادة احفظ الناس. قال حماد بن زيد : توفى سنة سبع عشرة ومائة، وقد احتج به أرباب الصحاح. أنظر الخلاصة ص ٣١٥.

(٤٣) في الاصل : وقال. / والصواب ما أثبتناه من نسخة ((ب)) بالتثنية.

المدينة. قال قتادة: ثم زوجها اياه عثمان،(٤٤) ولا نذكر الشافعي ان عمـــرو ابن أمية الضمري كان وكيلا للنبي صلى الله عليه وسلم في القبول،(٤٥) فقبله، وانمـــا أضيف الى النجاشي لانه قرر الامر وبذل المهر.

قالوا: عقد له مجيز حال وقوعه،(٤٦) فأشبه الوصية بما زاد على الثلث.(٤٧)

قلـــنا: في أحد القولين، لا تصح الوصية بما زاد على الثلث،(٤٨) ولان الوصية

---

(٤٤) في نسخة ((ب)): قال قتادة: زوجها عثمان./ فيه سقط. والصواب ما في الأصل.

وأنظر ترجمة عثمان بن عفان في المسألة رقم (١) هامش (٣٨).

(٤٥) في نسخة ((ب)): كان وكيل النبي صلى الله عليه وسلم في القبول.

واما عمرو بن أمية الضمري، فهو صحابي جليل، واحد أبطال الاسـلام، اسلم بعد وقعة أحد، له عشرون حديثا، روى له الجماعة، مـــات بالشام في خلافة معاوية، أنظر الخلاصة ص ٢٨٧. وفي الاعلام جـ٥ ص٧٣ انه توفي نحو سنة خمس وخمســـين. وقال ابن حجر: قال أبو نعيم: مات قبل الستين. أهـ الاصابة جـ٢ ص ٥٢٤ رقم/٥٧٦٥ ولا تعارض.

(٤٦) أي يشترط فيه لنفاذه موافقة طرف ثالث يقضي باجازته.

(٤٧) حيث يتوقف نفوذها على اجازة الورثة.

بجامع ان كلا له مجيز حال وقوعه، اما الاصل فهو الوصية بما زاد علـــى الثلث، واما الفرع فهو البيع الموقوف، ولما كان حكم الاصل هو صحـــة الوصية بشرط رضا الورثة في الوصية بما زاد على الثلث، كان حكـــم الفرع هو صحة البيع الموقوف بشرط رضا المالك بـــالعقد أيضا لذلك.

(٤٨) المنهاج ص ٩٠ ولم يرجح احدهما، وكذا لم يرجح احدهما علـــى الاخر في شرح المحلى جـ٣ ص ١٦١. وقال في الوجيز جـ١ ص ٢٧٠: نفذت في اصح القولين. اهـ ولا في غيره من الشروح.

تقف على الملك (٤٩) والبيع لا يقف (٥٠)، ولان ذاك (٥١) أوصى بماله ، وانما تعلق به حق الغير (٥٢)، فهو كبيع ماله (٥٣) الذى فيه الشفعة (٥٤)، وهذا (٥٥) تصرف فى حق غيره ، فهو كالوصية بمال الغير (٥٦)، ولان الوصية يجوز تعليقها على

---

(٤٩) أى من شرط صحتها الملك . أى ولو سلمنا بصحة الوصية بما زاد على الثلث ،فان بينها وبين البيع فرقا ، وهو ماذكره المصنف.

(٥٠) فى نسخة ((ب)) : والبيع للعين لا يقف ./ والمقصود اثبات الفارق بين الاصل وهو الوصية بما زاد على الثلث والفرع وهو البيع الموقوف فى قياسهم لابطاله ، وهو ان الوصية يشترط لصحتها أن يكون الموصي مالكا لها ولا كذلك البيع اذ قد يكون وكيلا عن المالك فيه.

(٥١) فى نسخة ((ب)) : ولان ذلك ./ أى الموصى بما زاد على الثلث.

(٥٢) وهم الورثة ،اذ لا يجوز له الوصية بأكثر من الثلث لتعديه على حقهم فى الميراث بالزيادة عليه .

(٥٣) فى نسخة ((ب)) : فهو كجميع ./ وهو تحريف.

(٥٤) أى الذى ثبت فيه حق الشفعة ، حيث يصح البيع ويقف على اجازة الشفيع. والجامع فى القياس المذكور هو تعلق حق الغير فى كل من الاصل وهو بيع المال الذى تعلق فيه حق الشفعة ،والفرع وهو الوصية بما زاد على الثلث ،ولما كان حكم الاصل صحة العقد فيه ووقفه على اجازة الشفيع، كان حكم الفرع كذلك فتصح الوصية بما زاد على الثلث وتقف على اجازة الورثة أيضا لذلك .

(٥٥) أى البائع مال الغير.

(٥٦) حيث لا تصح أصلا .

بجامع التصرف فى حق الغير فى كل من الاصل وهو مالو أوصى بمال الغير والفرع وهو بيع مال الغير ولما كان حكم الاصل البطلان كان حكم الفرع كذلك فلا يصح بيع مال الغير أيضا لذلك .

الأخطار،(٥٧) ولا يجوز ذلك هاهنا.(٥٨)

قالوا : اذا وقف أحد شطرى العقد على القبول (٥٩)، وهو أضعف،(٦٠) لانه يبطل بالتفرق،(٦١) فتمامه أولى.(٦٢)

قلنا : احد الشطرين(٦٣) لا يقف ،لان الايجاب اذا وجد تم بنفسه، ولا يفتقر تمامه الى غيره(٦٤) وانما يفتقر تمام العقد الى غيره(٦٥) ،كاحرام الصلاة

---

(٥٧) أى يجوز فيها الغرر، لان مبناها على التبرع.

(٥٨) أى فى عقد البيع، وانما لم يجز فيه ذلك لانه مبنى على المعاوضة. والمقصود اثبات فارق آخر فى قياسهم البيع الموقوف على الوصية بما زاد على الثلث لتأكيد بطلانه.

(٥٩) سقط لفظ (على القبول) من الاصل./ والمقصود اذا كان أحد شطرى عقد البيع موقوفا على اجازة وقبول المالك.

(٦٠) أى من الشطر الثانى من العقد وهو الايجاب.

(٦١) لان العقد لا يتم ولا يلزم الا بالايجاب والقبول فان تفرقا بعد الايجاب وقبل القبول فلا بيع والا تم وان بقيا فى المجلس فليس له ابطاله لان التفرق عندهم هو تفرق الأقوال لا الابدان. أنظر الهداية وفتح القدير جـ٥ ص ٤٦٠.

(٦٢) أى فوقف تمام العقد على الاجازة أولى بالصحة من وقف جزئه - وهو الايجاب - على القبول لان العقد لا يبطل بالتفرق بعد القبول، بل يلزم.

(٦٣) وهو الايجاب.

(٦٤) فلا يحتاج فى الحكم بصحته الى اجازة طرف آخر.

(٦٥) أى مضيه وترتب اثره عليه وهو انتقال الملك الى المشترى.

لا يفتقر تمامه الى غيره ، وانما يفتقر تمام الصلاة الى غيره،(٦٦) ثم الشراء يقف احد شطريه على الآخر،(٦٧) ثم لا يقف العقد على الاجازة،(٦٨) ولان الشطرين لا يوجدان معا ،فلا بد أن يقف احدهما على الاخر،(٦٩) والعقد يوجد(٧٠) مع الرضا ،فلا يقف عليه،(٧١) كالشهادة فى النكاح.(٧٢)

---

(٦٦) أى الى غير الاحرام من بقية اركان وشروط الصلاة.
والمقصود اثبات الفرق بين العقد والايجاب حيث يحتاج الاول الى غيره دون الثانى . فلا يلزم من الحكم بصحة الايجاب الحكم بصحة العقد للفارق المذكور بينهما .

(٦٧) حيث لا يتم البيع بالايجاب دون القبول أو العكس ،فهما متلازمان لصحة البيع .

(٦٨) أى بل يصح بمجرد حصول الايجاب والقبول ،ويتوقف نفوذه وأمضاؤه على الاجازة .
أى وهذا فارق أيضا بين العقد وموجبه ، وهو انعدام التلازم بين العقد والاجازة ،اذ يصح ان يوجد عقد بلا اجازة وذلك فيما اذا كان البائع هو نفس المالك ،بينما يوجد تلازم بين الايجاب والقبول لصحة البيع ،والقياس مع الفارق باطل .

(٦٩) بان يتقدم الايجاب على القبول أو العكس على القول بصحة العقد فيما لو تقدم القبول على الايجاب . وهو أظهر القولين فى ذلك .
أنظر المنهاج ص ٤٤ .

(٧٠) فى نسخة ((ب)) : والعقد يوجب.

(٧١) أى على الرضا لان القبول والرضا مقترنان ،فلا يتقدم أحدهما على الآخر.

(٧٢) حيث لا يقف العقد على الشهادة ولا هى عليه ،بل هى من شروطه فيقعان معا بجامع التلازم فى كل من الاصل وهو الشهادة فى عقد النكاح ،والفرع وهو العقد فى البيع ، ولما كان حكم الاصل هو عدم وقوف عقد النكاح على الشهود - بمعنى عدم تقدمهم عليه لانه لا يسمى عقدا بدونهم - كان حكم الفرع كذلك فلا يتقدم الرضا على عقد البيع بل يلازمه .

*

قالوا : اذا جاز أن يقف العقد على الفسخ بشرط الخيار، (٧٣) جاز أن يقف على الاجازة.

قلنا : الموقوف على الفسخ قد تم بشروطه، (٧٤) ولهذا لو سكتا حتى انقضى الخيار (٧٥) انبرم (٧٦)، والموقوف على الاجازة لم يتم بشروطه، (٧٧) ولانه لو اشترى عصيرا أو عبدا جاز أن يقف على (٧٨) الفسخ، بأن يصير خمرا (٧٩)، أو بأبق العبد (٨٠)،

= والمقصود اثبات فارق ثالث - فى قياسهم الايجاب على العقد - بين الاصل والفرع، فان الايجاب والقبول يترتب احدهما على الآخر، ولا كذلك العقد والرضا، فانهما متلازمان فيقعان معا من غير أن يترتب أحدهما على الآخر، والقياس مع الفارق باطل.

(٧٣) كأن يقول : اشتريت منك كذا، ولى الخيار ثلاثا.

(٧٤) أى بتوفر شروط البيع فيه.

(٧٥) أى مدته.

(٧٦) أى انعقد وانحكم العقد، تقول : ابرمت العقد ابراما : احكمته، فانبرم أى هو. أنظر المصباح جـ١ ص٥٢.

(٧٧) لفقدان شرط الملك فى المعقود عليه. ففارق بذلك البيع الموقوف على الفسخ بشرط الخيار، والقياس مع الفارق باطل.

(٧٨) أى جاز أن يعلق على الفسخ.

(٧٩) لحرمة تملكه، ومن شروط المبيع أن يكون طاهرا وليست الخمر كذلك. أنظر المنهاج ص٥٤. فاذا صار العصير خمرا قبل القبض انفسخ العقد.

(٨٠) أى بهروبه، تقول : ابق العبد ابقا من باب تعب وقتل فى لغة، والاكثر من باب ضرب، اذا هرب من سيده من غير خوف ولا كد عمل، هكذا قيده فى العين - اسم كتاب - وقال الازهرى : الابق هروب العبد من سيده. المصباح جـ١ ص٥.

والمقصود انه يجوز أن يعلق المشترى فسخ البيع على اباق العبد، فاذا ابق قبل القبض انفسخ العقد. =

ولو اشترى خمرا أو عبدا آبقا ، لم يقف على أن يصير خلا ويرجع العبد .(٨١)

* مسـألة (٦٩) : البيع الفاسد لا يملك به(١) ، / ١٤٣ ش.

وقال أبو حنيفة : يملك بالقبض فيه(٢) .

لنـا : هو أنه مقبوض عن بيع فاسد فلا يملك به ، كما لو اشتراه بميتة أو دم(٣) ،

= وانما جاز أن يقف العقد على صيرورة العصير خمرا وعلى اباق العبد ، لان العقد قد وقع هنا صحيحا لا ستكماله شروط البيع لكون العصير مباحا والعبد مملوكا قائما فى اليد .

(٨١) لا ن العقد هنا وقع فاسدا لكون المبيع وهو الخمر غير طاهر ولكون العبد الابق غير مقدور على تسليمه ، فلا ينعقد البيع لذلك وان علقه على صيرورة الخمر خلا أو على رجوع العبد الابق ،
ومراده اثبات الفارق بين العقد الموقوف على الفسخ بشرط الخيار مثلا وبين العقد الموقوف على الاجازة .

(١) أى لا يدخل بسببه المبيع فى ملك المشترى .
المجموع جـ٩ ص ٣٦٤ و ص ٣٧٢ . فتح العزيز جـ٨ ص ١٩٥ . الوجيز جـ١ ص ١٣٩ .
وهو قول ابن حزم : المحلى جـ٩ ص ٤١٨ .

(٢) الهداية جـ٦ ص ٤٥ . التبيين جـ٤ ص ٦١ . مجمع الانهر جـ٢ ص ٦٥ .
وهو قول المالكية لكن بشرط أن تكون السلعة قد تلفت. الجواهر جـ٢ ص ٢٧ . الشرح الصغير جـ٢ ص ٣٨ . القوانين ص ٢٨٦ . شرح المنح جـ٢ ص ٥٧٦ .

(٣) حيث لا يصح العقد ولا يدخل المبيع فى ملكه لفساد الثمن .
بجامع انه مقبوض عن بيع فاسد فى كل من الاصل وهو مالو اشتراه بميتة أو دم ، والفرع وهو مالو اشترا ببيع فاسد .
ولما كان حكم الاصل هو عدم جواز تملك المبيع اذا كان بميتة أو دم كان حكم الفرع كذلك فلا يجوز تملك المبيع اذا كان ببيع فاسد أيضا لذلك .

ولانــــه (٤) معنى يمنع الملك بالبيع ، فمنع الملك بالقبض ، كشرط الخيار (٥) ، أو قبــض يوجب ضمان القيمة (٦) فلم يملك به ، كقبض الغاصب (٧) ، ولان ماوجب رده مع النمــاء المنفصل ، لم يكن ملكا لمن هو في يده (٨) ، كالمغصوب والمقبوض على وجه (٩) الســـوم (١٠) ،

---

(٤) أى الفساد فى البيع.

(٥) حيث يمنع به انتقال الملك الى المشترى .
بجامع ان كلا معنى يمنع انتقال الملك بالبيع ، اما الاصل فهو مالو بـــاع بشرط الخيار وأما الفرع فهو مالو باع بيعا فاسدا .
ولما كان حكم الاصل هو عدم التملك بالقبض فى البيع بشرط الخيار ، كــان حكم الفرع كذلك فلا يتملك المبيع فى البيع الفاسد بالقبض أيضا لذلك .

(٦) فيما اذا تلف المبيع ولا مثل له .

(٧) حيث لا يملك المغصوب بقبض الغصب ، بل يحدث له قبضا جديدا .
بجامع انه قبض يوجب ضمان القيمة فى كل من الاصل وهو قبض الغاصــب والفرع وهو القبض فى البيع الفاسد .
ولما كان حكم الاصل هو عدم امتلاك الغاصب للمغصوب بقبض الغصــب.
كان حكم الفرع كذلك فلا يملك المبيع بالقبض فى البيع الفاسد أيضا لذلك .

(٨) فى نسخة ((ب)) : لم يكن مالكا كالمغصوب.

(٩) فى نسخة ((ب)) : على وجه يعرف السوم . / وهى غير واضحة .

(١٠) السوم بفتح المهملة فسكون ، فى النهاية جـ٢ ص ٤٢٥ : المساومة المجاذبة بين البائع والمشترى على السلعة وفصل ثمنها ، يقال : سام يسوم سومــا ، وساوم واستام . أهـ
والجامع فى القياس المذكور هو وجوب الرد مع النماء المنفصل فى كل مــن الاصل وهو المغصوب والمقبوض على وجه السوم ، والفرع وهو البيع الفاسد .
ولما كان حكم الاصل عدم صحة امتلاك الغاصب وقابض السلعة على وجــه السوم ، كان حكم الفرع كذلك ، فلا يصح تملك المبيع بالبيع الفاســـد أيضا لذلك .

ولان القبض معنى يستقر به المسمى في العقد الصحيح ، فلا يملك به في الفاسد كالوطئ في النكاح .(١١)

فان احتجوا : بما روى أن عائشة(١٢) اشترت بريرة(١٣) ، وشرطت الـولاء لمواليها ، ثم أعتقتها .(١٤)

---

(١١) حيث لا يملك به المسمى في النكاح الفاسد .
بجامع أن كلا معنى يستقر به المسمى في العقد الصحيح ، اما الأصل فهو الوطء في النكاح ، واما الفرع فهو الملك في البيع.
ولما كان حكم الاصل هو عدم امتلاك المسمى في العقد الفاسد في النكاح كان حكم الفرع كذلك فلا يملك المبيع في العقد الفاسد أيضا لذلك .

(١٢) أنظر ترجمتها في المسألة رقم (٥٨) هامش (١٢) .

(١٣) مولاة عائشة ، كانت تخدم عائشة قبل أن تشتريها ، وكانت صحابية لها حديث واحد ، روى عنها عروة بن الزبير ، قال عبد الملك بن مروان : كنت اجالس بريرة بالمدينة ، فكانت تقول لي : ياعبد الملك ، اني أرى فيك خصالا ، وانك لخليق ان تلي هذا الأمر - تعني الخلافة - فان وليته فاحذر الدماء ، فاني سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : ان الرجل ليدفع عن باب الجنة بعد ان ينظر اليه بملئ محجمه من دم يريقه من مسلم بغير حق . أهـ أنظر الاصابة جـ٤ ص٢٥١ رقم/١٧٧ . والخلاصة ص٤٨٩ .

(١٤) وجه الدلالة : ان شرط الولاء لغير المعتق شرط فاسد ، فيفسد به العقد ، ولكن عائشة ملكت به بريرة بدليل انها اعتقتها ، والعتق لا يقع في غير الملك .
والحديث رواه البخاري جـ٢ ص٨٨ كتاب الهبة ، باب قبول الهدية ، عن عائشة رضي الله عنها انها ارادت أن تشتري بريرة وانهم اشترطوا ولاءها فذكر للنبي صلى الله عليه وسلم فقال النبي صلى الله عليه وسلم اشتريها فأعتقيها فانما الولاء لمن أعتق . أهـ .
ورواه مسلم جـ٢ ص١١٤٢ كتاب العتق . باب انما الولاء لمن أعتق . =

قلـــنا : يجوز أن يكون الشرط تقدم العقد ، ويجوز أن يكون هذا الشـــرط (١٥) جائزا فى حق عائشة رضى الله عنها (١٦) ، لانه قال : (اشتريها واشترطى لهم الولاء)

= رقم/ ١٢ ، وبنحوه رواه أبو داود جـ٣ ص١٢٦ . كتاب الفرائض . باب فـــى الولاء . رقم/ ٢٩١٥ .

ورواه الترمذى مطولا وفيه قصة ، جـ٤ ص٤٣٦ . كتاب الوصايا . باب ماجاء فى الرجل يتصدق أو يعتق عند الموت . رقم/ ٢١٢٤ وقال : هذا حديث حسن صحيح . أهـ .

ورواه النسائى جـ٧ ص٣٠٥ وفيه قصة ، تحت عنوان المكاتب يباع قبـــل أن يقضى من كتابته شيئا .

ورواه ابن ماجه وفيه القصة أيضا جـ٢ ص٨٤٢ كتاب العتق باب المكاتـــب . رقم/ ٢٥٢١ ، والقصة كما عند الترمذى : عن عروة ان عائشة اخبرته أن بريرة جاءت تستعين عائشة فى كتابتها ولم تكن قضت من كتابتها شـــيئا فقالت لها عائشة : ارجعى الى اهلك فان احبوا ان أقضى عنك كتابتـك ويكون لى ولاؤك فعلت ، فذكرت ذلك بريرة لاهلها فابوا وقالوا : ان شاءت أن تحتسب عليك ويكون لنا ولاؤك فلتفعل . فذكرت ذلك لرسول اللـــه صلى الله عليه وسلم فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم : ابتاعـــى فاعتقى فانما الولاء لمن أعتق ، ثم قام رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : مابال أقوام يشترطون شروطا ليست فى كتاب الله من اشترط شرطا ليس فـــى كتاب الله فليس له وان اشترط مائة مرة . أهـ .

(١٥) فى نسخة ((ب)) : ان يكون هذا الشرط كان جائزا .

(١٦) سقط قوله (رضى الله عنها) من نسخة ((ب)) : . / والمعنى انه خـاص بها . كما كان فسخ الحج الى العمرة خاصا بالصحابة دون من بعدهـــم كما قال فى المجموع جـ٩ ص٣٧٣ . وفيه خلاف .

ولو لم يكن هذا الشرط جائزا فى حقها لما قال لها : (اشتريهـــا واشترطى لهم الولاء) لانه يكون عقدا فاسدا ، ولا ياذن عليه الصـــلاة والسلام فى عقد فاسد .

ولا يجوز أن يأذن في بيع فاسد ، ولانه يجوز أن يكون معناه اشترطى عليهم الولاء كقوله تعالى (ولهم اللعنة)(١٧) والمراد وعليهم اللعنة ، وقوله (وان أسأتم فلها)(١٨) والمراد فعليها .

قالوا : ملك عليه البدل(١٩) في عقد فيه تسليط(٢٠) والعين مما يملكها العاقد فجاز أن يملكها بحكم العقد ، كالبيع الصحيح .(٢١)

قلنا : يجوز أن يملك بالصحيح دون الفاسد كالبضع(٢٢) ، ولان هناك(٢٣) يجب عليه المسمى ، وهاهنا(٢٤) يجب عليه القيمة .

---

(١٧) سورة غافر آية / ٥٢ وتمامها (يوم لا ينفع الظالمين معذرتهم ولهم اللعنة ولهم سوء الدار) .

(١٨) سورة الاسراء آية / ٧ .

(١٩) أي بدل المبيع وهو الثمن .

(٢٠) لحصول الايجاب والقبول فيه .

(٢١) حيث يملك المشترى به العين المبيعة .
بجامع ان كلا عقد فيه تسليط على العين في كل من الاصل وهو البيع الصحيح ، والفرع وهو البيع الفاسد .
ولما كان حكم الاصل هو جواز ملك العين المبيعة بقبضها في العقد الصحيح كان حكم الفرع كذلك فيجوز ملك العين المبيعة بقبضها في العقد الفاسد أيضا لذلك .

(٢٢) في المصباح جـ١ ص٥٧ : البضع بالضم ، جمعه أبضاع مثل قفل وأقفال يطلق على الفرج والجماع ، ويطلق على التزويج أيضا ، كالنكاح يطلق على العقد والجماع وقيل : البضع مصدر أيضا مثل السكر والكفر . أهـ .

(٢٣) أي في عقد النكاح الفاسد .

(٢٤) في البيع الفاسد . والمقصود التفريق بين العقد الفاسد والعقد الصحيح ، فانه يجب عليه المسمى في الصحيح سواء كان المسمى أقل أو أكثر من قيمة المبيع ، واما الفاسد فيستحق فيه القيمة فقط .

قالوا : عقد على ما يتسع اسباب ايجابه[٢٥] ، فكان الفاسد أحد أسباب ايجابه ، كالكتابة الفاسدة[٢٦] ، والدليل على الأصل[٢٧] : ان المولى يرجع عليه[٢٨] بالقيمة ، كما يرجع فى البيع الفاسد[٢٩] ، ويتبعها[٣٠] الكسب والولد[٣١] .

---

(٢٥) أى على ما يشمل أسباب ايجاب الملك .

(٢٦) حيث تكون سببا موجبا لملك العبد .

والجامع ان كلا عقد على ما يتسع اسباب ايجابه ، اما الأصل فهو الكتابة الفاسدة ، واما الفرع فهو البيع الفاسد .

ولما كان حكم الاصل هو اعتبار الكتابة الفاسدة من أسباب ايجاب الملك كان حكم الفرع كذلك فيكون البيع الفاسد من أسباب الملك بالقبض أيضا كذلك .

(٢٧) وهو حصول ملك العبد نفسه بالكتابة الفاسدة كما لو كاتبه على خمر أو خنزير مثلا .

(٢٨) أى على العبد المكاتب بسبب فساد المكاتبة لانه لم يرض بعتقه بغير بدل فيبطل المسمى فيها ، ويبقى البدل وهو قيمة العبد .

(٢٩) أى يرجع فى البيع الفاسد الى قيمة المبيع . فصح ان العقد الفاسد ينتقل به الملك .

(٣٠) فى نسخة ((ب)) : ويتبعها الولد والكسب .

(٣١) أى ويتبع الامة المكاتبة فى الحكم الكسب والولد ، والمعنى ان الكتابة الفاسدة توجب القيمة ، يلحق بها - ان وجد - الولد والكسب للمولى المكاتب .

قلنا : لو كان كالكتابة لوقع الملك في البيع الفاسد حيث يقع في الصحيح وهو حال العقد ، وفي الفاسد يقع بعد القبض عندهم . ، كالعتق في الكتابة (٣٢)، ولان العتق في الكتابة ، يقع بالصفة (٣٣). وانما يرجع عليها (٣٤) بالقيمة ، لانه لم يرض في عتقها بغير بدل . ويتبعها (٣٥) الكسب والولد ، بحكم العقد ، كما قالوا فيمن اعتق مكاتبته في الكفارة ، أن ذلك عتق مبتدأ (٣٦) ، لا بالكتابة (٣٧) ، ثم يتبعها الكسب والولد بحكم العقد ، وليس في البيع الا العقد (٣٨) وهو فاسد ، فلم يقع به الملك .

---

(٣٢) حيث يقع العتق فورا ولا ينتظر به اداء مال الكتابة .
وفي الأصل : لوقع الملك حيث يقع في الصحيح كالعتق بالكتابة يقع بالصفة . / وما أثبتناه في الصلب من الزيادة مأخوذ من نسخة ((ب)) وهو أولى بالاثبات لوضوحه .
والمقصود : اثبات الفرق بين الكتابة وهي مقيس عليها والعقد الفاسد وهو مقيس ، ذلك ان الملك في الكتابة الفاسدة يقع حال العقد ، وفي البيع الفاسد يقع بعد القبض فافترقا . ولا قياس مع الفارق .

(٣٣) أي التي علق عليها العتق لا بعقد الكتابة ، قال النووي : ولهذا لو مات السيد بطلت الصفة ولم يعتق بالاداء الى الوارث . أهـ المجموع جـ٩ ص ٣٧٣ .

(٣٤) أي في حال فساد الكتابة . والضمير في (عليها) يرجع الى الامة المكاتبة .

(٣٥) أي المكاتبة .

(٣٦) في الاصل : عتق مبتدأة . / ولا مناسبة للتأنيث ، لان قوله : مبتدأ وصف للعتق .

(٣٧) أي فيقع العتق حالا ويسقط عنها بدل الكتابة ، لان العبد التزم الكتابة ليحصل له العتق وقد حصل بدونه . أنظر مجمع الانهر جـ٢ ص ٤١٤ .

(٣٨) أي بخلاف المقيس عليه في قياسهم وهو العتق في الكتابة ، حيث فيه عتق ، وعقد وهو المكاتبة .

قالوا : الوطؤ [٣٩] فى النكاح الفاسد يتعلق به أحكام الصحيح [٤٠] ، فكذلك هاهنا [٤١] .

قلنا : الا أن الملك لا يقع هناك [٤٢] ولا ينفذ تصرفه بالطلاق [٤٣] فيجب ان لا يقع الملك هاهنا [٤٤] ولا ينفذ العتاق [٤٥] ، وانما يتعلق به المهر والنسب والعدة ، لانها من أحكام وطئ الشبهة ، ولهذا يثبت [٤٦] من غير عقد [٤٧] ، والملك من أحكام العقد ، فهو كالطلاق والايلاء والارث [٤٨] .

---

(٣٩) فى نسخة ((ب)) : الوطئ . وكذا فى الاصل .

(٤٠) من ثبوت للنسب والمهر والعدة وغير ذلك .

(٤١) أى فى البيع الفاسد ، فيتعلق به أحكام البيع الصحيح وينتقل به الملك .

(٤٢) أى فى عقد النكاح الفاسد ، أى بل يجب فيه الفسخ .

(٤٣) لان الطلاق فرع النكاح ، والنكاح فى العقد الفاسد لم يحصل ، فلا ينفذ فيه الطلاق لذلك .

(٤٤) أى فى البيع الفاسد .

(٤٥) فى نسخة ((ب)) : وان لا ينفذ العتاق .

(٤٦) أى المهر والنسب والعدة .

(٤٧) أى من غير عقد صحيح . والا فان النسب لا يصح اثباته بالزنا .

(٤٨) الايلاء : فى اللغة هو الحلف . وفى الشرع هو : حلف زوج يصح طلاقه ليمتنعن من وطئها مطلقا أو فوق أربعة أشهر . أهـ المنهاج ص ١١١
والمقصود : أن الملك من الاحكام المترتبة على العقد ، كالطلاق والايلاء والارث ، حيث لا يقع واحد منها دون عقد سابق للنكاح عليه .
بخلاف المهر والنسب والعدة ، فانها لا يشترط فى لزومها أن يسبقها عقد صحيح بل تثبت وان بعقد فاسد كوطئ الشبهة ، فلا يصح أن تقاس أحكام البيع الفاسد على أحكام الوطء الفاسد لان الاولى يشترط أن يتقدمها عقد صحيح ، ولا كذلك الثانية ، لانه يكون قياسا مع الفارق وهو باطل .

* مســـــألة (٧٠) : يجوز البيع بشـــرط العتق (١) . / ١٤٤ ى .

وقال أبو حنيفة : لا يجوز (٢) .

لنـــا : هو انه شرط لا يسقط الثمن المسمى ، فلا يفسد العقد ، كشـــرط الخيار (٣) .

فان قيل : انما وجب المسمى لانه لما شرط الحرية سقط ذكر البيع ، وبقيت (٤) الحرية بشرط البدل ، فصار كأنه قال : اعتق عبدك عنى بألف ، فيكون المال فـــى مقابلة التمليك الذى شرطت معه الحرية (٥) .

---

(١) فى النهاية جـ٣ ص١٧٩ : اعتقت العبد اعتقه عتقا وعتاقة فهو معتق وانـــا معتق ، وعتق - بفتحتين - فهو عتيق ، أى حررته فصار حرا . أهـ
وفى المسألة ثلاثة أقوال : يجوز ولا يجوز ، والثالث التفصيل يصح البيـــع ويبطل الشرط .
وأنظر المسألة فى : المنهاج ص٤٦ : ولو باع عبدا بشرط اعتاقه فالمشهـور صحة البيع والشرط . أهـ . وكذا فى فتح العزيز جـ٨ ص٢٠٠ . وذكر فـــى المجموع جـ٩ ص٣٥٨ قولا ثالثا : يصح البيع ويبطل الشرط .
وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى جـ٢ ص١٦٤ . كشاف القناع جـ٣ ص١٨٢ .
وذكر فى المحرر جـ١ ص٣١٤ رواية أخرى انه شرط فاسد .
وهو قول المالكية بشرط ان يكون العتق منجزا فان كان لا جل أو ابهـــم البائع وقت العتق صح البيع ولا يجبر المشترى على العتق . أنظر الشـــرح الصغير جـ٢ ص٣٥ . الجواهر جـ٢ ص٢٥ . شرح المنح جـ٢ ص٥٩٦ .

(٢) الهداية جـ٦ ص٧٦ . التبيين جـ٤ ص٥٧ . مجمع الانهر جـ٢ ص٦٣ .
وبه يقول ابن حزم : المحلى جـ٩ ص٤٠٣ .

(٣) حيث لا يفسد به عقد البيع .
بجامع انه شرط لا يسقط الثمن المسمى فى كل من الاصل وهو شرط الخيـــار والفرع وهو شرط العتق فى البيع .
ولما كان حكم الاصل عدم فساد عقد البيع بشرط الخيار كان حكم الفـــرع كذلك فلا يفسد عقد البيع بشرط العتق أيضا لذلك .

(٤) فى نسخة ((ب)) : وتثبت .

(٥) فى نسخة ((ب)) : الذى شرط .

قيل : بل جعل الثمن في مقابلة العبد (٦) ، بخلاف مالو قال : اعتق عبدك على ألف (٧) ، ولهذا يجب المال على من سأل العتق والولاء له (٨) ، وهاهنا (٩) يجب على المعتق (١٠) والولاء له .

قالوا : شرط ينفي موجب البيع (١١) ليس من مصلحته (١٢) ، فأشبه سائر الشروط الفاسدة (١٣) .

---

(٦) في نسخة ((ب)) : في مقابلة العقد . / أي المذكور فيه شرط العتق .

(٧) أي فان الالف في مقابلة العتق ، لا في مقابلة العبد .

(٨) أي ويكون ولاء العبد الذي اعتقه له ، لحديث عائشة مرفوعا : انما الولاء لمن أعتق . أهـ رواه الستة . أنظر تخريجه في المسألة قبل هذه هامش رقم (١٤) .

(٩) أي في حال بيع العبد بشرط العتق .

(١٠) أي ثمن العبد .

(١١) وهو انتقال الملك الى المشتري .

(١٢) لانه لا يترتب عليه ملك المبيع .

(١٣) كأن يشترط في الدابة أن تحلب في اليوم قدرا معينا أو أن يكون الكبش نطاحا أو الامة مغنية ، الخ .. وكلما كان الشرط محرما أو لا يمكن الوفاء به فهو شرط فاسد ، والا فصحيح . أنظر كشاف القناع جـ٣ ص ١٧٨ .
والجامع في القياس المذكور هو انه شرط ينفي موجب البيع ليس من مصلحته في كل من الاصل وهو سائر الشروط الفاسدة ، والفرع وهو البيع بشرط العتق ولما كان حكم الاصل هو عدم جواز البيع بالشروط الفاسدة ، كان حكم الفرع كذلك فلا يجوز البيع بشرط العتق أيضا .

قلنا : يبطل به اذا اشترى فِلْعة[14]، وشرط عليه أن يحذوها[15]، أو اشترى حمل[16] طعام وشرط[17] ابقاءه في منزله[18]، ثم سائر الشروط[19] اسقطت المسمى[20] الى

---

(١٤) بكسر الفاء الموحدة وسكون اللام هي القطعة من الجلد تقول : مزادة اناء من جلد يحمل به الماء - مفلعة كمعظمة : خرزت من قطع الجلود ، والفلع الشق والقطع في القدم وغيرها . أنظر القاموس جـ٣ ص٦٤ . والنظم المستعذب جـ١ ص ٢٦٨ .

(١٥) أي يجعلها حذاء . من الحذو وهو التقدير والمشابهة تقول : حذوت النعل بالنعل : قدرتها بها وقطعتها على مثالها وقدرها .
والحذاء وزان كتاب : النعل ، وما وطئ عليه البعير من خفه والفرس من حافره والجمع احذية مثل كساء واكسية . أنظر المصباح جـ١ ص١٣٧ .
والمقصود انه اذا اشترى فلعة وشرط على البائع أن يحذوها له فان العقد يبطل هنا مع ان الشرط فيه لا ينفي موجب البيع وهو من مصلحة المشتري ، فبطل تعليلهم المذكور .

(١٦) بكسر المهملة فتسكين الميم هو ما يحمل على الظهر ونحوه والجمع أحمال . أنظر المصباح جـ١ ص ١٦٤ .

(١٧) في نسخة ((ب)) : وشرط عليه حمله أو ابقاءه في منزله .

(١٨) حيث يبطل البيع المذكور وان كان الشرط المذكور فيه من مصلحة البيع ولا ينفي موجب البيع .

(١٩) أي باقي الشروط الفاسدة التي جعلتموها أصلا في قياسكم المذكور .

(٢٠) أي الثمن .

القيمة وهذا (٢١) بخلافه (٢٢)، ولان العتق يقصد بالعقد فى الكتابة (٢٣)، ويثبت شرعا فى شراء الولد (٢٤) لوالده وله قوة وتغليب ،فجاز ان يثبت شرطه فى البيع. بخلاف سائر الشروط.

---

(٢١) أى البيع بشرط العتق .

(٢٢) فانه لا يسقط الثمن به الى القيمة بل يجب به المسمى .

(٢٣) بكسر الكاف على الاشهر وقيل بفتحها كالعتاقة ،فالكتابة فى اللغة الضم والجمع لان فيها ضم نجم الى نجم ، والنجم يطلق على الوقت الذى يحل فيه مال الكتابة ،. . .
وشرعا : هى عقد عتق بلفظها بعوض منجم- أى مفرق - بنجمين فأكثر.أهـ مغنى المحتاج جـ٤ ص٥١٦ .

(٢٤) فى الاصل : فى شراء الوالد والولد ./ لحديث الحسن عن سمرة مرفوعا : من ملك ذا رحم محرم فهو حر . أهـ رواه أبو داود جـ٤ ص٢٦ كتاب العتق ، باب من ملك ذا رحم محرم. رقم / ٣٩٤٩ . ثم قال : ولم يحدث ذلك الحديث الا حماد بن سلمة وقد شك فيه .أهـ.
وقد قال الخطابى : ليس بمرفوع أو ليس بمتصل انما هو عن الحسن عن النبى صلى الله عليه وسلم . وقد أشار البخارى الى تضعيفه ،وقال ابن المدينى : هذا عندى منكر .
أنظر مختصر سنن أبى داود جـ٥ ص٤٠٨ .
قال ابن حجر : رواه أحمد والأربعة ورجح جمع من الحفاظ انه موقوف.أهـ بلوغ المرام ص ٢٦٤ رقم/١٢٢٢
وروى مسلم عن أبى هريرة مرفوعا : لا يجزى ولد والده الا أن يجده مملوكا فيشتريه فيعتقه . أهـ جـ٢ ص١١٤٨ كتاب العتق باب فضل عتق الوالد . رقم / ٢٥ .

* مسـألة (٧١) : اذا اشترى فلعة[1] بدرهم ، وشرط عليه أن يحذوها ، فالبيع باطل.[2] / ١٤٤ ى.

وقال أبو حنيفة : يصح استحسانا.[3]

---

(١) بفاء مكسورة فلام ساكنة ، هي القطعة من الجلد ، تقول : مزادة - وهو اناء من الجلد ينقل بها الماء كالراوية - مفلعة كمعظمة أى خرزت من قطع الجلود والفلع الشق فى القدم وغيرها ، ويطلق على القطع أيضا . أنظر النظم المستعذب جـ١ ص ٢٦٨ . القاموس جـ٣ ص ٦٤ . المجموع: جـ٩ ص ٣٦٣ .

(٢) لاشتمال العقد على بيع واجارة ، فتكون الاجارة باطلة ، وفى بطلان عقد البيع قولا تفريق الصفقة . فتح العزيز جـ٨ ص ١٩٦ .
وذكر فى المجموع قولا آخر وهو صحة البيع وبطلان الشرط . واستغربه وضعفه . أنظر جـ٩ ص ٣٦٣ .
وفى المنهاج ص ٤٦ : ولو اشترى زرعا بشرط أن يحصده البائع أو ثوبا ويخيطه فالاصح بطلانه . أهـ
وهو قول ابن حزم : أنظر المحلى جـ٩ ص ٤٠٣ .

(٣) خلافا لزفر . الهداية جـ٦ ص ٨٥ . التبيين جـ٤ ص ٥٩ . مجمع الأنهر جـ٢ ص ٦٣ .
وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى جـ٢ ص ١٦٢ ، كشاف القناع: جـ٣ ص ١٨٠ . وذكر فى المحرر جـ١ ص ٣٠٧ رواية أخرى أنه لا يصح .
واجاز المالكية الجمع بين البيع والاجارة : القوانين ص ٢٨٦ .

لنـــا : هو انه بيع عين شرط على البائع فيه منفعة لا يقتضيها اطـــــلاق البيع ، فأشبه اذا اشترى طعاما وشرط عليه طحنه.(٤)

قالوا : قد جرت العادة به(٥) من غير نكير ، فدل على جوازه.(٦)

قلـــنا : يبطل باستقراض الخمير،(٧) والاستئجار على الحج.(٨)

---

(٤) حيث لا يصح ذلك البيع.
بجامع انه بيع عين شرط على البائع فيه منفعة لا يقتضيها اطلاق البيع فى كل من الاصل وهو مالو اشترى طعاما وشرط عليه طحنه ، والفرع وهو مالو اشترى جلدة وشرط عليه حذوها ، ولما كان حكم الاصل بطلان بيع الطعام بشـــرط طحنه كان حكم الفرع كذلك فيبطل بيع جلدة بشرط حذوها أيضا لذلك.

(٥) فى نسخة ((ب)) : قد جرت العادة فى ذلك. / أى العقد المذكور.

(٦) لان تعامل الناس بذلك يترك من اجله القياس. ولذلك جاز الاستصنـــاع واستئجار الصباغ والظئر والحمام وان كانت اجارة على استهلاك الاعيان. أنظر التبيين جـ٤ ص ٥٩.

(٧) الخمير بالخاء المعجمة ، هو العجين اذا ترك حتى يجود ، كالتخمـــير ، والفعل منه على وزن ضرب ونصر وهو خمير وقد اختمر. أنظر القامـــــوس جـ٢ ص٢٣.
وفى المصباح جـ١ ص ١٩٥ : خمرت الشئ تخميرا : غطيته وسترته . . . .
وخمرت العجين خمرا من باب قتل : جعلت فيه الخمير. أهـ.
والمقصود ان استقراض الخمير قد جرت العادة به من غير نكير ثم لا يـــدل ذلك على جوازه فى احد الوجهين أصحهما فى التهذيب المنع منه واختـــار الجلال المحلى جوازه وتابعه القليوبى ، أنظر شرح المحلى جـ٢ ص ٢٥٩ ، والقليوبى عليه . وكذا لا يجيز الحنفية. انظر الهداية جـ٦ ص ١٧٦ المجمع جـ٢ ص٨٩.

(٨) أى فانه مما جرت عادة الناس به من غير نكير ، ثم لا يجوز.

* مســـألة (٧٢) : يجوز بيع النحل[1] ودود القز[2] . / ١٤٤ ى .

وقال أبو حنيفة : لا يجوز[3] ، وروى عنه انه قال : يجوز مع القز ومع الكوارة[4] .

---

(١) جمع نحلة كنخل ونخلة ، وهو حيوان فهيم ذو كيس وشجاعة ونظر في العواقب ومعرفة بفصول السنة وأوقات المطر وتدبير المرتع والمطعم والطاعة الكبيرة والاستكانة لاميره ، يصنع العسل . أنظر حياة الحيوان جـ٢ ص ٤٧٩ ، وأما دود القز فهو الذى يكون منه افخر الثياب وهو الحرير .

(٢) فتح العزيز جـ٨ ص ١١٨ . المجموع جـ٩ ص ٢١٤ . مغنى المحتاج جـ٢ ص١١ و ص١٢ .

وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى جـ٢ ص ١٤٢ . كشاف القناع جـ٣ ص١٤١ المغنى جـ٤ ص ١٩٤-١٩٥ .

وبه يقول المالكية : بلغة السالك جـ٢ ص٦ .

وهو قول ابن حزم : المحلى جـ٩ ص٦٥٦ .

(٣) خلافا لمحمد حيث اجازه . واما أبو يوسف فروى عنه اجازة بيع بيض القز فقط بدون دود القز ، وروى عنه اباحة ذلك فيهما أيضا .

أنظر الهداية جـ٦ ص ٥٧ والتى تليها . التبيين جـ٤ ص ٤٩ . مجمع الانهر جـ٢ ص ٥٧ والتى تليها .

الا أنهم لم يذكروا عن أبى حنيفة خلافا فى المنع من بيعه .

(٤) فى القاموس جـ٢ ص ١٣٠ : كوارة النحل بالضم وتكسر وتشدد الاولى : شئ يتخذ للنحل من القضبان أو الطين ضيق الرأس - أى المدخل - أو هى عسلها فى الشمع . أهـ . والمقصود انها بيوت النحل .

وفى المختار ص ٥٨٢ : الكوارة بالضم والتشديد : معسل - بتشديد السين المهملة اسم المكان الذى يضع النحل فيه عسله - النحل اذا سوى من الطين . أهـ .

لنـا : هو أنه حيوان يجوز بيع ما يخرج منه ، فجاز بيع جنسه ، كالشـاة.(٥)

ولانه(٦) اذا باع مع الكوارة جاز(٧)، ولا يجوز أن يكون على سبيل التبع(٨)، لان الاصل(٩) لا يتبع فرعه(١٠)، فثبت انه يجوز بيعه.(١١)

قالوا : لا ينتفع بعينه ، كالزنبور.(١٢)

---

(٥) حيث يجوز بيعها.
بجامع انه حيوان يجوز بيع ما يخرج منه فى كل من الاصل وهو الشـاة والفرع وهو النحل ودود القز.
ولما كان حكم الاصل جواز بيع الشاة لجواز بيع ما يخرج منها كالولـد واللبن كان حكم الفرع كذلك فيجوز بيع دود القز والنحل لجواز بيـع ما يخرج منه وهو الحرير من دود القز والعسل من النحل.

(٦) فى نسخة ((ب)) : ومع أنه ./ وهو تحريف.

(٧) أى عندكم وعندنا من باب أولى. أنظر تبيين جـ٤ ص ٤٩ وحاشـية الشلبى عليه.

(٨) بان يكون البيع واقعا على الكوارة ويباع النحل تبعا لها. أى : ويتساهـل فى التابع بما لا يتساهل به فى المتبوع.

(٩) وهو النحل هنا ، لان قيمة الكوارة تابعة له اذ لولاه لقلت قيمتها.

(١٠) وهو الكوارة ، وانما جعله فرعا لان قيمة الكوارة تابعة للنحل اذ لولاه - لقلت قيمتها جدا.

(١١) أى منفردا عن الكوارة.

(١٢) فى المختار ص ٢٦٨ : الزنبور بضم الزاء - ولعلها الزاى - الدبـر - بفتح فسكون - وهى تؤنث ، والجمع الزنابير. أهـ.
والزنبور أو الدبر من الحشرات - يأوى الى الجبال ويعشش فى الشجـر له حمة أى ابرة يلسع بها وغذاؤه من الثمار والازهار ولا يدخر قوت الشتاء بخلاف النحل ، واذا طليت عصارة الملوخيا على لسعته ابرأتها. أنظـر حياة الحيوان للدميرى جـ٢ ص ١٣.
والجامع فى القياس المذكور هو عدم الانتفاع بعينه فى كل من الاصل وهـو =

قلـــنا : دود القز(١٣) ينتفع بعينه فى نسج القز(١٤)، كما ينتفع بالكلب فـــى أخذ الصيد ، ولا ن الا نتفاع بما يخرج منه(١٥) اعظم من الا نتفاع بالعين ، فوجـــب أن يجوز بيعـــه(١٦) بخلاف الزنبور فانه لا منفعة فيه(١٧)، فلم يجز بيعه .

* مســـألة (٧٣) : يجوز بيع لبن الا دمية(١) ٠/١٤٤ ش.

= الزنبور والفرع وهو النحل ودود القز . ولما كان حكم الا صل حرمة بيــع الزنبور كان حكم الفرع كذلك فيحرم بيع النحل ودود القز أيضا لذلك .

(١٣) فى نسخة ((ب)) : دود الخز.

(١٤) وهو المادة اللزجة التى يخرجها فاذا تعرضت للهواء تحولت الـــى خيوط حريرية .
أنظر دائرة القرن العشرين جـ٤ ص ٨٨ .

(١٥) وهو الخيوط الحريرية .

(١٦) اى وان انفرد عن الكوارة .

(١٧) واذ هو بخلافه فلا يصح قياسه عليه ، لا ن القياس مع الفارق باطل .

(١) أى سواء كانت الا دمية حرة أو امة .
وقد حكى النووى فى المجموع جـ٩ ص ٢٤١ وجها شاذا عن أبى القاســم الا نماطى بتحريم بيعه لنجاسته .
الوجيز جـ١ ص١٣٤ . فتح العزيز جـ٨ ص ١٢١ . مغنى المحتاج جـ٢ ص١٢ .
واجازه الحنابلة مع الكراهة . شرح المنتهى جـ٢ ص١٤٢ . كشاف القنــاع جـ٣ ص١٤٣ .
وذكر فى المغنى جـ٤ ص ١٩٦ رواية أخرى فى المذهب ان بيعه حـــرام .
وزاد فى المحرر جـ١ ص ٢٨٥ قولا ثالثا وهو جواز بيع لبن الا مــــة دون الحرة .
واليه ذهب المالكية : بداية المجتهد جـ٢ ص ١٣٨ .
وهو قول ابن حزم : المحلى جـ٩ ص ٦٥٦ .

وقال أبو حنيفة : لا يجوز.(٢)

لنـــا : هو أنه يحل شربه ، فجاز بيعه ، كلبن الشاة.(٣)

فان قيل : شربه للضرورة فى حق الطفل ، فهو كالميتة.(٤)

قيـــل : لو كان للضرورة لما جاز بعد الحولين،(٥) ولانه غذاء مقصـــود للادمى فأشبه الطعام.(٦)

قالوا : عين متولد من الآدمى فأشبه الشعر والعرق.(٧)

---

(٢) خلافا لابى يوسف حيث اجاز بيع لبن الامة دون الحرة.
الهداية جـ٦ ص٦٠ . التبيين جـ٤ ص٥٠ . مجمع الانهر جـ٢ ص٥٨ .

(٣) حيث يجوز بيعه .
بجامع انه لبن يحل شربه فى كل من الاصل وهو لبن الشاة والفرع وهـــو لبن الادمية ، ولما كان حكم الاصل جواز بيع لبن الشاة كان حكم الفـــرع كذلك فيحل بيع لبن الادمية أيضا لذلك .

(٤) حيث لا يجوز بيعها ، وأنظر قولهم هذا فى التبيين جـ٤ ص٥٠ .
بجامع جواز تناوله للضرورة فى كل من الاصل وهو اكل الميتة ، والفرع وهـــو شرب لبن الادمية ، ولما كان حكم الاصل هو حرمة بيعه ، كان حكم الفـــرع كذلك فلا يجوز بيع لبن الادمية أيضا لذلك .

(٥) هذا على قول الشافعية ، واما الحنفية فيحرمون الانتفاع به وشربه بعـــد الاستغناء عنه ، حتى منع بعضهم صبه فى العين الرمداء ، واجازه بعضهم اذا عرف انه دواء عند البرء .
أنظر فتح القدير جـ٦ ص٦١ .

(٦) حيث يجوز بيعه قطعا .
بجامع انه غذاء مقصود للآدمى فى كل من الاصل وهو الطعام والفرع وهـــو لبن الادمية ولما كان حكم الاصل حل بيع الطعام كان حكم الفرع كذلـــك فيحل بيع لبن الادمية أيضا لذلك .

(٧) حيث يحرم بيعهما . أنظر التبيين جـ٤ ص٥١ .
بجامع التولد من الادمى فى كل من الاصل وهو الشعر والعرق ، والفـــرع =

قلنــا : يبطل بولد الأمة[٨]، والشعر لا يجوز الانتفاع به ، والعرق ليـس فيه منفعة ، فهو كعرق الانعام[٩]، وهذا فيه منفعة مقصودة ، فهو كلبن الانعام[١٠].

قالوا : حيوان لا يؤكل ، فلم يجز بيع لبنه ، كالأتان[١١].

قلنـا : اذا لم يؤكل[١٢] ثم يؤكل لبنه ، جاز ان لا يؤكل ويباع لبنـه ،

= وهو لبن الادمية ولما كان حكم الاصل هو حرمة بيع شعر الانسان وعرقه ، كان حكم الفرع كذلك فيحرم بيع لبن الادمية أيضا لذلك .

(٨) حيث هو متولد منها ومع ذلك يجوز بيعه .

(٩) حيث لا يجوز بيعه .
بجامع عدم المنفعة فى كل من الاصل وهو عرق الانعام والفرع وهو عـرق الادمى ولما حكم الاصل عدم جواز بيع عرق الانعام كان حكم الفـرع كذلك فلا يجوز بيع عرق الادمية أيضا لذلك .

(١٠) حيث يجوز بيعها .
بجامع ان فى كل منفعة مقصودة ، اما الاصل فلبن الانعام واما الفـرع فلبن الادمية ، ولما كان حكم الاصل هو جواز بيع لبن الانعام كـان حكم الفرع كذلك فيجوز بيع لبن الادمية أيضا لذلك .

(١١) حيث لا يجوز بيع لبنها . وهى انثى الحمار .
بجامع تحريم اكل لحمه فى كل من الاصل وهو الاتان وهى انثى الحمار ، والفرع وهو الادمية . ولما كان حكم الاصل تحريم بيع لبن الاتـان ، كان حكم الفرع كذلك فيحرم بيع لبن الادمية أيضا لذلك .

(١٢) فى نسخة ((ب)) : لا يؤكل لحمها ، ثم يجوز شرب لبنها ، وكذلـك جاز الاكل ويباع لبنها ، بخلاف الاتان . / والفاعل فى قوله فـى الاصل : اذا لم يؤكل . أى لحم الادمى .

بخلاف الاتان .(١٣)

قال محمد :(١٤) لو جاز بيعه لم يستحق بعقد الاجارة ،كلبن البقرة،(١٥)
ولما استحق(١٦) بعقد الاجارة دل على أنه لا يجوز بيعه ،(١٧) كالمنافع.(١٨)
قلنا : ماء البئر يستحق بالاجارة ،(١٩) ولهذا ثبت الخيار اذا انقطع،

---

(١٣) فانها لا يؤكل لحمها ولا يشرب لبنها ، فبطل ان يقاس لبن الادمية على لبن الاتان للفارق المذكور بينهما .

(١٤) احترازا عن أبي يوسف فانه اجاز بيع لبن الامة دون الحرة كما تقدم في هامش (٢) .
وفي نسخة ((ب)) : قالوا عقد لو جاز ./ والمقصود ابا حنيفة ومحمد .
واطلق عليهما لفظ الجمع لان الاثنين اقل الجمع ،أو قصدهما ومن أخذ بقولهما .

(١٥) في نسخة ((ب)) : كلبن الشاة ./ أي فانه لا يجوز استئجار البقرة للبنها . أنظر التبيين جـ٥ ص١٢٧.

(١٦) في نسخة ((ب)) : وبما استحق ./ وهو تحريف.

(١٧) لان من شروط الاجارة بقاء العين المؤجرة .

(١٨) حيث لا يجوز للمستأجر بيع العين المؤجرة .
بجامع الاستحقاق بعقد الاجارة ، في كل من الاصل وهو المنافع والفرع وهو لبن الادمية ، فلما كان حكم الاصل جواز اجارة منافع العين المؤجرة دون بيعها كان حكم الفرع كذلك فيجوز اجارة الادمية للارضاع ولا يجوز بيع لبنها أيضا لذلك .

(١٩) في نسخة ((ب)) : بالاجارة في الارض .

ثم يجوز بيعه ،[٢٠] ثم انما يستحق المتصل بالاجارة،[٢١] وذلك لا يجوز بيعه[٢٢]، وانما يجوز بيع المنفصل ،وذلك[٢٣] لا يستحق بالاجارة[٢٤] ، ثم المنافع يجوز بيعها ، فان الاجارة نوع بيع ،كالصرف والسلم .[٢٥]

---

(٢٠) والمقصود: ابطال ما جعلوه علة فى قياسهم باثبات نقيضها وهو أنه ليس استحقاق الشئ بعقد الاجارة دليلا على حرمة البيع فيه فماء البئر تستحق بالاجارة ثم يجوز بيعها .

(٢١) أى دون المنفصل ،والمقصود بالمتصل هو ماوقع عليه عقد الاجارة ولوازمه .

وهو العين المؤجرة .

(٢٢) أى ولبن الادمية منفصل عنها فجاز ان تستأجر هى ثم يجوز بيع لبنها .

(٢٣) فى نسخة ((ب)) : وذلك . / والاشارة عائدة الى اللبن فى الادمية المستأجرة .

(٢٤) أى فيما لو استأجر الامة للعمل ،فانه لا يستحق عليها لبنها بذلك العقد .

(٢٥) فان الصرف هو بيع الثمن بالثمن ،كذهب بذهب أو فضة بفضة . أو ذهب بفضة . أنظر مغنى المحتاج جـ٢ ص٢٥ . ويشترط فيه التقابض فى المجلس فهو نوع بيع .

واما السلم فهو بيع موصوف فى الذمة . فهو نوع بيع أيضا . أنظر المنهاج ص٥٢ .

والجامع فى القياس المذكور هو ان كلا نوع بيع ، اما الاصل فهو الصرف والسلم واما الفرع فهو بيع المنافع.

ولما كان حكم الاصل هو جواز بيع الصرف والسلم كان حكم الفرع كذلك فيجوز بيع المنافع وهو الاجارة أيضا لذلك .

* مسألة (٧٤) : لا يجوز بيع الزيت النجس.(١) / ١٤٤ش.

وقال أبو حنيفة : يجوز.(٢)

دليلنا:(٣) هو أنه مائع نجس، فأشبه الخمر،(٤) أو مائع لا يحل شربه، فأشبه الدم.(٥)

---

(١) ومبنى الخلاف على : هل يمكن تطهيره أم لا . وماذكره المصنف هو المشهور من المذهب. المجموع جـ٩ ص٢٢٥. فتح العزيز جـ٨ ص١١٤. شرح المحلى جـ٢ ص١٥٧.
الا أن الغزالي نص على أن صحة بيعه واستصباحه هو اظهر القولين. أنظر الوجيز جـ١ ص١٣٣.
وهو قول الحنابلة: شرح المنتهى جـ٢ص١٤٣. كشاف القناع جـ٣ ص١٤٥.
المحرر جـ١ ص٢٨٥.

(٢) فتح القدير جـ٦ ص٢٤٦.
وهو قول المالكية في اشهر القولين، الا أن العمل على خلافه، قال في البلغة جـ٢ ص٦ : والاظهر في القياس ان بيعه جائز لمن لا يغش به اذا بين. أهـ
وأنظر الجواهر جـ٢ص٤. والقوانين ص ٢٧٢.
وبه يقول أبو محمد بن حزم: المحلى، جـ١ ص١٧٩.

(٣) في نسخة ((ب)) : لنا .

(٤) بجامع الميوعة والنجاسة في كل من الاصل وهو الخمر والفرع وهو الزيت النجس، ولما كان حكم الاصل حرمة بيع الخمر كان حكم الفرع كذلك فيحرم بيع الزيت النجس أيضا لذلك.

(٥) حيث لا يجوز بيعه .
بجامع ان كلا مائع لا يحل شربه. اما الاصل فهو الدم واما الفرع فهو الزيت النجس ، ولما كان حكم الاصل تحريم بيع ، الدم ،كان حكم الفرع كذلك فيحرم بيع الزيت النجس أيضا لذلك .

قالوا : نجاسة طرأت(٦) على عين طاهرة ، فلم تمنع البيع ، كنجاسة الثوب.(٧)

قلنا : ذلك(٨) جامد طاهر ، وانما جاوره النجاسة ،(٩) فوقع البيع على الطاهر ،(١٠) والزيت مائع نجس لم(١١) يتميز ، فصار كنجاسة العين.(١٢)

قالوا : عين يجوز الانتفاع بها ،(١٣) ليس في بيعها ابطال حق آدمي ،(١٤) ولا تستحق باجارة ،(١٥) فأشبه سائر الطاهرات.(١٦)

---

(٦) في نسخة ((ب)) : طرت . / سقطت الهمزة منها في النسخ .

(٧) حيث يجوز بيع الثوب المتنجس.
بجامع طرو النجاسة على عين طاهرة في كل من الاصل وهو الثوب النجس والفرع وهو الزيت النجس ، ولما كان حكم الاصل جواز بيع الثوب النجس كان حكم الفرع كذلك فيجوز بيع الزيت النجس أيضا لذلك .

(٨) أي الثوب المتنجس.

(٩) أي ومجاورة النجاسة أخف من مخالطتها ، ولذلك جاز بيعه مع نجاسته .

(١٠) أي من اجزاء الثوب.

(١١) في نسخة ((ب)) : والزيت مائع فاذا نجس لم يتميز وصار كنجاسة العين .
والمقصود اثبات الفارق في قياسهم الزيت النجس على الثوب النجس وهما الاصل والفرع فيه .

(١٢) بجامع عدم التميز في كل من الاصل وهو نجاسة العين والفرع وهو الزيت النجس، ولما كان حكم الاصل تحريم بيع العين النجسة، كان حكم الفرع كذلك فيحرم بيع الزيت النجس أيضا لذلك .

(١٣) أي في اسراج المصابيح ونحو ذلك .

(١٤) لعدم الاضرار باحد في بيعها اذا بين البائع حالها للمشتري .

(١٥) أي ليست مشغولة للغير باجارة .

(١٦) حيث يجوز بيعها ، وأنظر قولهم هذا في فتح القدير جـ٦ ص ٢٤٦ .
بجامع ان كلا عين يجوز الانتفاع بها ليس في بيعها ابطال حق آدمي =

قلـــنا : يبطل بدود القز ودودة ومكة ، (١٦) ولان الميتة يجوز الانتفاع بهـــا (١٧) في اطعام الصقورة (١٨) والكلاب ، ولا يجوز بيعها ، (١٩) والمعنى في الاصل (٢٠) انــــه طاهر منتفع به ، وهذا نجس (٢١) فهو كالبول . (٢٢)

= ولا هي مطلوبة للغير باجارة ، اما الاصل فهو سائر الطاهرات ، وامـــا الفرع فهو الزيت النجس ولما كان حكم الاصل جواز بيع سائر الطاهـرات كان حكم الفرع كذلك فيجوز بيع الزيت النجس أيضا لذلك .

(١٦) حيث يجوز الانتفاع بها وليس في بيعها ابطال حق لآدمي وليســت مطلوبة لاحد باجارة ومع ذلك لا يجوز بيعها أي عند أبي حنيفة .
أنظر التبيين جـ٤ ص ٤٩ .

(١٧) في الاصل (به) أي بلحمها ، لكن ما أثبتناه من نسخة ((ب)) أولى .

(١٨) جمع صقر وهو كل شئ يصيد من البزاة والشواهين ، ويجمع أيضا علــى أصقر وصقور وصقار وصقارة وصقر بوزان قفل . أنظر القاموس جـ٢ ص٧١ .

(١٩) أي فيبطل اعتبار العلة التي ذكروا في قياسهم لانها منقوضة بما ذكره فان الميتة يجوز الانتفاع بها وليس في بيعها ابطال حق آدمي ولا تستحق باجارة . ثم لا يجوز بيعها .

(٢٠) أي المقيس عليه في قياسهم وهو سائر الطاهرات .

(٢١) أي الزيت النجس ، وهذا فارق يبطل به قياسهم الزيت النجس علــى سائر الطاهرات ،

(٢٢) حيث لا يجوز بيعه .
بجامع النجاسة في كل من الاصل وهو البول والفرع وهو الزيت النجــس ، ولما كان حكم الاصل حرمة بيع البول كان حكم الفرع كذلك فلا يجـــوز بيع الزيت النجس أيضا لذلك .

* مسـألة (٧٥) : لا يجوز بيع السرقين (١) . / ١٤٤ ش.

وقال أبو حنيفة : يجوز (٢) .

---

(١) بكسر السين وفتحها ويقال السرجين بالجيم المعجمة بفتحها وكسرها أيضا ، وهى كلمة فارسية معربة ، ومعناها الزبل . أنظر تصحيح التنبيه ص ٦٢ .

والزبل : هو روث الدواب ، يستعمل لتقوية الارض فى انبات الزرع .

وفى المصباح جـ١ ص ٢٩٢ : واصلها - أى السرجين - سركين بالكاف فعربت الى الجيم والقاف ، فيقال : سرقين أيضا ، وعن الاصمعى : لا ادرى كيف اقوله وانما اقول روث ، وانما كسر أوله - أى السرجين - لموافقة الابنية العربية ولا يجوز الفتح لفقد فعلين بالفتح ، على أنه قال فى المحكم : سرجين وسرجين ، أهـ بالفتح والكسر .

وأنظر المسألة فى : الوجيز جـ١ ص ١٣٣ . المجموع جـ٩ ص ٢١٧ ، مغنى المحتاج جـ٢ ص ١١ .

وهو قول الحنابلة فيما كان منه نجسا والا كروث الحمام وبهيمة الانعام فيجوز : شرح المنتهى جـ٢ ص ١٤٣ . كشاف القناع جـ٣ ص ١٤٥ . المغنى جـ٤ ص ١٩٢ .

والمالكية فيه اقوال : المنع مطلقا والجواز مطلقا والثالث جوازه للضرورة . والعمل على جوازه مطلقا .

أنظر الشرح الصغير جـ٢ ص ٦ والبلغة عليه . الجواهر جـ٢ ص ٤ . القوانين ص ٢٧٢ .

ومحل ذلك كله : هو ماذا كان زبلا لمحرم كبغل وحمار أو لمكروه كسبع وهر . أنظر شرح المنح جـ٢ ص ٤٧٦ .

وذهب ابن حزم الى تحريم كل بول ونجو حيوانا وغيره مأكولا وغيره . أنظر المحلى جـ١ ص ٢٢١ .

(٢) الهداية جـ٨ ص ٤٨٦ . التبيين جـ٦ ص ٢٦ . مجمع الانهر جـ٢ ص ٥٤٦ .

لنـــا : هو انه نجس العين ، فأشبه الخمر.(٤) أو رجيع(٥) نجس كالغائط.(٦)

ودليلهم : مامضى فى المسألة قبلها.(٧)

---

(٤) حيث لا يجوز بيعها .
بجامع نجاسة العين فى كل ، ولما كان حكم الاصل هو حرمة بيع الخمر كان حكم الفرع كذلك فيحرم بيع السرجين أيضا لذلك .

(٥) الرجيع هو الروث ، والعذرة ، وهو فعيل بمعنى فاعل ، وذلك لانه رجع الى حاله الاولى بعد ان كان طعاما أو علفا ، وكذلك كل فعل أو قول يرد فهو رجيع ، فعيل بمعنى مفعول بالتخفيف . أنظر المصباح جـ١ ص٢٣٦
زاد فى المختار ص ٢٣٥ فقال : هذا رجيع السبع ورجعه - بسكون الجيم- أيضا . أهـ .
وتختص العذرة فى أنها رجيع آدمى ، والروث فى أنه رجيع ماسوى الانسان . أنظر الدر المنتقى جـ٢ ص ٥٤٦ .

(٦) الغائط المطمئن الواسع من الارض ، والجمع غيطان واغواط وغوط ، ثم اطلق الغائط على الخارج المستقذر من الانسان كراهة لتسميته باسمه الخاص ، لانهم كانوا يقضون حوائجهم فى المواضع المطمئنة ، فهو مجاز بالمجاورة ، ثم توسعوا فيه حتى اشتقوا منه ، وقالوا : تغوط الانسان . أهـ . المصباح جـ٢ ص١١١ .
والجامع فى القياس المذكور هو ان كلا رجيع نجس ، اما الاصل فهو الغائط واما الفرع فهو السرجين ، ولما كان حكم الاصل تحريم بيع الغائط كان حكم الفرع كذلك فيحرم بيع السرجين أيضا لذلك .

(٧) يعنى قولهم : عين يجوز الانتفاع بها ، ليس فى بيعها ابطال حق آدمى ، ولا تستحق باجارة ، فأشبه سائر الطاهرات . أهـ .

والجواب : ماضـــى.(٨)

* مســـألة (٧٦) : لا يجوز بيع الكلب.(١) /١٤٤ش.

وقال أبو حنيفة : يجوز.(٢)

---

(٨) يعنى قوله : قلنا - يبطل بدود القز ودود مكة، .... والمعنى فـــى الاصل - يعنى سائر الطاهرات - انه طاهر منتفع به ، وهذا نجس فهـــو كالبول . أهـ .

(١) مطلقا .سواء كان يحل اتخاذه ككلب الصيد أو لا .

أنظر : المختصر ص ٨٩ . الام جـ٣ ص ١١ . المنهاج ص ٤٥ .

وهو قول الحنابلة: شرح المنتهى جـ٢ ص ٤٢ . كشاف القناع جـ٣ص١٤٣

المغنى جـ٤ ص ١٨٩ .

وذهب المالكية الى حرمة بيع الكلب مطلقا الا كلب الماشية والصيد فاختلفوا فى بيعه ،فالاكثر على منعه ،وذهب سحنون الى جوازه وقال : ابيعه واحج بثمنه .

أنظر البلغة جـ٢ ص ٦ والشرح الصغير . شرح المنح جـ٢ص٤٧٧ . الجواهر جـ٢ ص٤ .

والى تحريم بيعه مطلقا ذهب ابن حزم أيضا : المحلى جـ٩ ص٦١٧ .

(٢) خلافا لابى يوســف فى منعه بيع الكلب العقور لانعدام منفعته .

أنظر الهداية جـ٦ ص ٢٤٥ . التبيين جـ٤ ص ١٢٥ . مجمـــــع الأنهر جـ٢ ص١٠٧ .

وأجابوا على قول أبى يوســف : بأن العقور ينتفع بجلده وعلـــى متلفه ضمانه .

لنـا : ماروى[3] ابن عباس[4] قال : (نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ثمن الكلب ، وان جاء يطلب ثمن الكلب فاملأ كفه ترابا[5]) . وروى أبوهريرة[6] أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : (لا يحل ثمن الكلب[7] .) ولانه نجس العـين ، فأشبه الخمر والخنزير[8] ، ولانه لا يجوز اقتناؤه[9] الا لحاجة ، فأشبه الميتة[10] .

---

(٣) فى نسخة ((ب)) : لنا ماروى أبو هريرة أن النبى صلى الله عليه وسلم قـال : لا يحل ثمن الكلب وان جاء يطلب ثمن الكلب فاملا كفه ترابا . / والصـواب عن ابن عباس .

(٤) أنظـر ترجمته فى المسألة رقم (٥٨) هامش (٥٣) .

(٥) رواه أبو داود جـ٣ ص ٢٧٩ باب فى اثمان الكلاب . رقم / ٣٤٨٢ .
ورواه البيهقى جـ٦ ص٦ . باب النهى عن ثمن الكلب .
قال النووي : رواه أبو داود باسناد صحيح . أهـ المجموع جـ٩ ص٢١٦ .
وكذا صحح ابن حجر اسناده . أنظر الفتح جـ٤ ص ٤٢٦ .

(٦) أنظر ترجمته فى المسألة رقم (٣١) هامش (٨) .

(٧) رواه أبو داود جـ٣ ص ٢٧٩ باب فى اثمان الكلاب . رقم / ٣٤٨٤ .
ولفظه : لا يحل ثمن الكلب ولا حلوان الكاهن ولا مهر البغى . أهـ .
ووصف ابن حجر اسناده بأنه حسن . أنظر الفتح جـ٤ ص ٤٢٦ .
وقال فى المجموع جـ٩ ص ٢١٦ : رواه أبو داود باسناد صحيح حسن أهـ .
وكذا صححه ابن حزم أيضا . أنظر المحلى جـ٩ ص ٦١٨ .

(٨) حيث لا يجوز بيعهما .
بجامع نجاسة العين فى كل من الاصل وهو الخمر والخنزير والفرع وهـو الكلب ، ولما كان حكم الاصل حرمة بيع الخمر والخنزير كان حكم الفـرع فيحرم بيع الكلب أيضا لذلك .

(٩) أى اتخاذه ، من قولك قنوت الغنم وغيرها قنوة بضم القاف وكسرها ، وقتنيتها بالضم والكسر أيضا اذا اقتنيتها لنفسك لا للتجارة . أنظر المختار ص٥٥٣ .

(١٠) حيث لا يجوز بيعها .
بجامع تحريم الاقتناء الا لحاجة فى كل من الاصل وهو الميتة والفرع وهـو الكلب ، ولما كان حكم الاصل تحريم بيع الميتة كان حكم الفرع كذلك فيحـرم بيع الكلب أيضا لذلك .

قالوا : روى جابر [١١] أن النبى صلى الله عليه وسلم (نهى عن ثمن الكلب والسنور [١٢] الا كلب صيد [١٣])

قلنا : قال الدارقطنى : الصحيح انه موقوف على جابر. [١٤] ثم هو

---

(١١) أنظر ترجمته فى المسألة رقم (١٨) هامش (٢٨) .

(١٢) السنور : الهر ، والانثى سنورة ، قال ابن الانبارى : وهما قليل فى كلام العرب والاكثر ان يقال : هر . . . . والجمع سنانير. أهـ ، المصباح جـ١ ص ٣١٢ .

فكان صيغة الجمع من غير لفظه ، كالمرأة تجمع على نساء .

(١٣) رواه النسائى جـ٧ ص ٣٠٩ باب بيع الكلب تحت عنوان : مااستثنى أى من بيع الكلب .

ثم قال : هذا منكر. أهـ .

ورواه الدارقطنى جـ٣ ص٧٣ رقم/ ٢٧٧ .

ورواه البيهقى جـ٦ ص٦ـ٧ باب النهى عن ثمن الكلب ، وقال : ليس بالقوى ، والاحاديث الصحاح عن النبى صلى الله عليه وسلم فى النهى عن ثمن الكلب خالية عن هذا الاستثناء ، وانما الاستثناء فى الأحاديث الصحاح فى النهى عن الاقتناء ، ولعله شبه على من ذكر فى حديث النهى عن ثمنه من هؤلاء الرواه الذين هم دون الصحابة والتابعين والله أعلم . أهـ

وقال فيه ابن حزم انه : منقطع فى موضعين . أهـ . المحلى جـ٩ ص٦١٩ .

(١٤) أنظر ترجمة الدارقطنى فى المسألة رقم (١) هامش (٢٨) .

ولفظ الدارقطنى فى سننه بعد روايته للحديث من طريق حماد بن سلمة عن أبى الزبير عن جابر قال : نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ثمن السنور والكلب الا كلب صيد .

قال : ولم يذكر حماد عن النبى صلى الله عليه وسلم ـ أى لم يرفعه ـ هذا ـ أى الموقوف على حماد ـ أصح من الذى قبله ـ أى المرفوع عن جابر ـ أهـ. سنن الدارقطنى جـ٣ ص٧٣ رقم/ ٢٧٨ .

حجة لنا فى كلب غيرالصيد (١٥) ، ولانه يحتمل (١٦) انه أراد : ولاكلب صيد ،كما قال الله عز وجل (١٧) (لئلا يكون للناس عليكم حجة الا الذين ظلموا (١٨)) ويحتمل أنه أراد النهى عن اجرته الا كلب صيد (١٩) ، فان الاجرة تسمى ثمنا . كما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم (نهى عن ثمن عسب (٢٠) الفحل (٢١)) وحمله على

---

(١٥) أى تحريم بيع الكلاب الا كلب الصيد . وهم لا يقصرونه عليه . فلا حجة لهم فى هذا الحديث ، لانهم مخالفون له جملة .

(١٦) أى على فرض ثبوته ورفعه الى النبى صلى الله عليه وسلم . فيكون الحديث من الادلة المجملة ومحل الاجمال فيه هو حرف (الا) لاحتمال أن يكون لاخراج مابعده عما قبله ، أو أن يكون بمعنى الواو . والمجمل يتوقف عن العمل به حتى يرد المبين . انظر شرح الكوكب جـ٣ ص ٤١٤ .

(١٧) فى نسخة ((ب)) : كما قال تعالى .

(١٨) سورة البقرة آية / ١٥٠ . أى ولا الذين ظلموا .

(١٩) أى فيجوز أخذ الاجرة فيه .

والمراد اثبات ان الحديث الذى ذكروا ليس نصا فى حل بيع كلب الصيد على فرض ثبوته ورفعه الى النبى صلى الله عليه وسلم لانه قد دخله الاحتمالان المذكوران ، والنص اذا دخله الاحتمال بطل به الاستدلال . بل قد ترجح حمله على معنى الاجرة بالحديث الذى سيذكره الان .

(٢٠) بفتح فسكون ماء الفحل وضرابه يقال : عسب الفحل الناقة يعسبها عسبا ويطلق العسب على كراء ضراب الفحل ، والنهى فى الحديث منصب على هذا المعنى دون غيره ، واما اعارة الفحل لذلك فمندوب اليها ، وانما حرم بيع ضراب الفحل واجارته للجهالة والغرر فيهما .

أنظر النهاية جـ٣ ص ٢٣٤ . القاموس جـ١ ص ١٠٤ .

(٢١) رواه الشافعى . أنظر المختصر ص ٨٧ بهذا اللفظ لكن عن سعيد ابن المسيب مرفوعا ، وسعيد تابعى كبير فالحديث مرسل بلفظ المصنف هنا .

وقد رواه أبو داود جـ٣ ص٢٦٧ باب فى عسب الفحل رقم/ ٣٤٢٩ عن ابن عمر بلفظ : نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن عسب الفحل . أهـ ولم يذكر لفظ ثمن .

=

هذا أولى ،لانا نفرق فيه بين كلب الصيد وغيره (٢٢) ، وفى البيع لا يفرق (٢٣) (٢٤) .

قالوا : بهيمة يجوز الانتفاع بها من غير ضرورة ،فأشبه الفهد (٢٥) .

قلنـا : أم الولد والطعام فى دار الحرب يجوز الانتفاع به ، ولا يجـوز بيعه، (٢٦) ولان الانتفاع للحاجة ، (٢٧) فلم يدل على جواز البيـع (٢٨) ، كما نقـول

= ورواه الترمذى جـ٣ ص٥٧٢ باب ماجاء فى كراهية عسب الفحل .رقم/١٢٧٣ ثم قال : حديث حسن صحيح .أهـ

(٢٢) أى فى حمله على معنى الاجرة .

(٢٣) أى فيجوز استئجار كلب للصيد كما فى أصح القولين . أنظر المنهاج ص٧٦ ولا يجوز بيعه .

(٢٤) سقط لفظ (البيع) من نسخة ((ب)) . / والمقصود اننا لا نفرق فى منع البيع بين كلب الصيد وغيره .

(٢٥) حيث يجوز بيعه ،أنظر التبيين جـ٤ ص١٢٦ .
والجامع فى القياس المذكور هو أنه بهيمة يجوز الانتفاع به من غير ضرورة فى كل من الاصل وهو الفهد والفرع وهو الكلب.
ولما كان حكم الاصل جواز بيع الفهد كان حكم الفرع كذلك فيجوز بيع الكلب أيضا لذلك .

(٢٦) أى فليس كل ماجاز الانتفاع به من غير ضرورة يجوز بيعه ، كما قالـوا .
وعليه فان العلة التى ذكروا منقوضة فلا تصلح جامعا بين الفرع والاصـل ، فيبطل قياسهم لذلك .

(٢٧) أى ان الانتفاع بالكلب انما جاز لتحقق الحاجة اليه .

(٢٨) لان الحاجة يقتصر فيها على محلها .

فى الميتة[٢٩]، وكما قالوا فى لبن الآدمية[٣٠]، بخلاف الفهد، فانه يحرم اقتناؤه اعجابا به واستحسانا له[٣١].

قالوا : تحل الوصية به، كالثوب النجس[٣٢].

---

(٢٩) انه لا يجوز بيعها - أنظر المنهاج ص ٤٥٠ وان جاز الانتفاع بها.
والاحناف يبيحون بيع عظم الميتة وعصبها وصوفها وقرنها ووبرها لان هذه الاشياء طاهرة بأصل الخلقة ويجوز بيع جلدها بعد الدبغ فقط.
أنظر التبيين جـ٤ ص ٥١.

(٣٠) فى الاصل : وقالوا فى لبن الآدمية ./ أى انه لا يجوز بيعه. أنظر التبيين جـ٤ ص٥٠.
والمقصود: ان تحقق الانتفاع لا يصلح دليلا على جواز البيع، فان الميتة يمكن الانتفاع بها ثم لا يجوز بيعها عند الشافعية مطلقا ولبن الآدمية يمكن الانتفاع به ثم لا يجوز بيعه عند الحنفية، فبطل اعتبار الانتفاع علة فى اباحة البيع.

(٣١) أى فانتفت الحاجة اليه، فلا يجوز اقتناؤه، ومن باب أولى بيعه.

(٣٢) حيث يجوز بيعه، أنظر فتح القدير جـ٦ ص ٢٤٨.
بجامع حل الوصية به فى كل من الاصل وهو الثوب النجس، والفرع وهو الكلب.
ولما كان حكم الاصل جواز بيع الثوب النجس كان حكم الفرع كذلك فيجوز بيع الكلب أيضا لذلك.

قلنا : ينكسر (٣٣) بالحمل وبالمعدوم (٣٤) ، والثوب جامد طاهر منتفع به ، وانما جاورته نجاسة ، فيقع (٣٥) البيع على الطاهر منه دون ما جاوره ، وهذا (٣٦) نجس العين ، فهو كالخمر. (٣٧)

قالوا : حيوان يجوز اجارته ، فجاز بيع جنسه ، كالابل (٣٨) .

قلنا : لا يجوز اجارته فى أحد الوجهين (٣٩) ، ثم ينكسر بالحر وأم الولد (٤٠) .

---

(٣٣) أي ينتقض.

(٣٤) فى نسخة ((ب)) : والمعدوم .
حيث تجوز الوصية بالحمل وبالمعدوم لكن لا يجوز بيعهما ، لما فيه من الغرر والجهالة ، والوصية تحتمل ذلك لانها مبنية على التبرع ولا مشاحة فيه بخلاف البيع فان الجهالة فيه تؤدى الى التنازع فحرمت.

(٣٥) فى الاصل : يقع . / والاولى اثبات الفاء لربط ما بعدها بما قبلها .

(٣٦) أى الكلب .

(٣٧) حيث لا يجوز بيعها .
بجامع نجاسة العين فى كل من الاصل وهو الخمر والفرع وهو الكلب . ولما كان حكم الاصل تحريم بيع الخمر كان حكم الفرع كذلك فيحرم بيع الكلب أيضا لذلك .

(٣٨) حيث يجوز بيعها .
بجامع ان كلا حيوان يجوز اجارته ، اما الاصل فهو الابل ، واما الفرع فهو الكلب . ولما كان حكم الاصل جواز بيع الابل كان حكم الفرع كذلك فيجوز بيع الكلاب أيضا لذلك .

(٣٩) لكنه خلاف الاصح فى المذهب . أنظر المنهاج ص٧٦ .

(٤٠) فانه يجوز اجارتهما ثم لا يجوز بيعهما ، فبطلت به العلة التى ذكروا لقصورها وعدم اضطرادها .

* مسألة (٧٧) : لا يملك الكافر العبد المسلم بالشراء ، في أحد القولين[١] . / ١٤٥ ي .

وقال أبو حنيفة : يملك[٢] .

لنا : هو[٣] انه نوع ملك يمنع الاسلام استدامته ، فمنع ابتداءه[٤] ، كالنكاح[٥] ،

ولانه معنى اذا طرأ على الملك أوجب رفع اليد عنه ، فاذا قارن ابتداءه منعه ،

---

(١) محل الخلاف اذا لم يكن العبد ممن يعتق عليه بالشراء كابيه وأخيه والا لم يملكه قطعا .
والمذكور هنا أظهر القولين . أنظر المنهاج ص ٥٤ . الوجيز جـ١ ص١٣٣ .
المجموع جـ٩ ص ٣٤٨ .
وبه يقول الحنابلة : المغني جـ٤ ص١٩٩ . المحرر جـ١ ص٣١١ .
واليه ذهب ابن حزم : المحلى جـ١١ ص٢٠ رقم المسألة / ١٨٢٢ .

(٢) أي يصح العقد ويجبر الكافر على ازالة ملكه عنه بعتق أو بيع او يتولاه عنه الامام دفعا للمهانة عن المسلم ان يبيعه الكافر أو يشتريه .
انظر : مجمع الأنهر جـ٢ ص ٦٢ .
وهو قول المالكية في أصح القولين عندهم واوجبوا مع الاجبار على ازالة الملك عنه معاقبة المتبايعين أيضا ان لم يعذرا بجهل .
أنظر شرح المنح جـ٢ ص ٤٧٠ . الشرح الصغير جـ٢ ص ٥ . الجواهر جـ٢ ص٣

(٣) سقط لفظ (هو) من نسخة ((ب)) .

(٤) في نسخة ((ب)) : فمنع ابتداؤه . / على البناء للمجهول .

(٥) أي نكاح الكافر للمسلمة ، فانه لا يحل له .
والجامع في القياس المذكور هو انه نوع ملك يمنع الاسلام استدامته في كل من الاصل وهو نكاح الكافر المسلمة ، والفرع وهو تملك الكافر العبد المسلم .
ولما كان حكم الاصل هو منع ابتداء نكاح الكافر المسلمة ، كان حكم الفرع كذلك فيمنع الكافر من شراء العبد المسلم أيضا لذلك .

كموت العبد [٦]، والاحرام فى الصيد [٧]، ولان فيه ادخال صغار [٨] على الاسلام فلم يجز ،كالاستخدام والاسترقاق [٩]، ولا يلزم الابن اذا اشترى

---

(٦) حيث يرتفع الملك عنه بالموت ويمتنع شراؤه ميتا أيضا .

(٧) حيث يرتفع الملك عن الصيد بانشاء الاحرام ،ويمتنع ابتداء ملك الصيد حال الاحرام أيضا .

والجامع فى القياسين المذكورين هو انه معنى اذا طرأ على الملك أوجب رفع اليد عنه فى كل من الاصل وهو مالو مات عبده أو احرم وفى ملكه صيد ،والفرع وهو شراء الكافر العبد المسلم .

ولما كان حكم الاصل هو تحريم ابتداء امتلاك العبد اذا مات ،وتحريم امتلاك الصيد اذا احرم ، كان حكم الفرع كذلك فيحرم امتلاك الكافر العبد المسلم اذا اشتراه أيضا لذلك .

(٨) الصغار بفتح الصاد : الذل والضيم ،ومثله الصغر بضم فسكون ،بوزن قفل . تقول صغر الرجل من باب طرب فهو صاغر ،والصاغر أيضا الراضى بالضيم .

أنظر المختار ص ٣٦٤ .

زاد فى المصباح جـ١ ص ٣٦٥ : سمى بذلك لانه يصغر الى الانسان نفسه .أهـ .

وأنظر القاموس جـ٢ ص ٧٠ .

(٩) حيث لا يجوز للكافر استخدام ولا استرقاق العبد المسلم .

بجامع ادخال الصغار على الاسلام فى كل من الاصل وهو استخدام الكافر المسلم واسترقاقه اياه ،والفرع وهو شراء الكافر العبد المسلم .

ولما كان حكم الاصل تحريم استرقاق الكافر المسلم واستخدامه كان حكم الفرع كذلك فيحرم شراء الكافر المسلم أيضا لذلك .

أباه[١٠]، فان ذلك اعتاق من جهة الحكم،[١١] ولا يلزم اذا قال الكافر اعتق عبـدك المسلم عني ،فانه فيأحد الوجهين لا يجوز[١٢]، وان سلم فلأن[١٣] المطلوب هـو العتـق[١٤] والملك الذى فيه الصغـار يثبت حكمـا[١٥] ، ولهذا لو أعتق عنه[١٦] عبده الآبق بعوض جاز وان دخل فيملكه،[١٧] ولو قصد الى تملكه لم يجز.[١٨]

---

(١٠) أي لا يلزم من القول بصحة شراء الابن دخول الصغار عليه .

(١١) أي من جهة الشرع حيث يقع عتقه فور حصول الشراء وان لم يرض الابن ، لحديث : من ملك ذا رحم محرم عتق عليه . رواه أبو داود جـ٤ ص٢٦ .
أنظر تخريجه في المسألة رقم (٧٠) هامش (٢٤) .

(١٢) لكن أصحهما الصحة . أنظر المجموع جـ٩ ص ٣٤٨ و ص ٣٤٩ .

(١٣) أي على الوجه الثاني الذى يجيز ذلك العتق وهو أصح الوجهين .

(١٤) أي وهو معنى يتشوف اليه الشارع ، فيكون الصغار الذى يصيـب العبد في هذا العقد يسيرا الى جانب المصلحة التي ستتحقق بالعتق . وهذا بخلاف تملك الكافر للعبد المسلم بالشراء فان المقصود منـه وضع اليد عليه فيتحقق فيه الصغار .

(١٥) أي الذى نتج عنه الصغار بسبب الاقرار بملكية الكافر عليه المتضمـن في قوله (عني) أي بعد أن تملكه أو كلك بعتقه عني . فتكـون مدة تملك الكافر اياه يسيرة ، ولابد من تحققها في الموكل ليصـح تصرف الوكيل في العتق عنه .
وقد ألغى الشارع اعتبار الصغار المترتب على الاقرار بتلك الملكية نظـرا للمصلحة المترتبة عليها وهي تحقق العتق .

(١٦) سقط لفظ (عنه) من نسخة ((ب)) .

(١٧) أي دخولا غير مستوف للشرط وهو القدرة على تسليم المبيع، وانما جاز عتق العبد المذكور لان تملك المشتري له في حكم الصحيح تيسيرا على المشتري وتوسيعا ،لفتح باب العتق .

(١٨) لعدم القدرة على تسليم المبيع وهو شرط في صحة البيع. أنظر المنهاج : ص٤٥ .

قالوا : سبب يملك به العبد الكافر، فملك به العبد المسلم ، كالارث.(١٩)

قلنا : المحرم يملك الصيد بالارث ، ولا يملك بالشراء(٢٠) ، ولان الملك في الارث لا يقصد به الصغار لانه يحصل بغير فعله(٢١) ، وهاهنا(٢٢) يقصد به الصغار(٢٣) ، ولهذا يجوز أن يملك بضع(٢٤) المسلمة بغير قصده(٢٥) ، وهو

---

(١٩) حيث يملك به الكافر العبد المسلم .

بجامع ان كلا سبب يملك به العبد الكافر، اما الاصل فهو الارث.

واما الفرع فهو المبيع .

ولما كان حكم الاصل هو جواز تملك الكافر العبد المسلم بالارث، كان حكم الفرع كذلك فيجوز تملك الكافر العبد المسلم بالبيع أيضا لذلك .

(٢٠) أي فبطل اعتبار جواز تملك الشئ بالارث دليلا على جواز تملكه بالشراء علة في الحكم المذكور وهو تملك الكافر العبد المسلم بالشراء لكونها علة غير مضطردة فقد وجدت في المحرم حيث يجوز له تملك الصيد بالارث، وتخلف الحكم عنها ، حيث لا يحل له تملكه بالشراء .

(٢١) لانه يؤول اليه بموت المورث ، وليس ذلك من فعله .

(٢٢) أي في ملك الكافر العبد المسلم بالشراء .

(٢٣) أي وهذا فارق يبطل به قياسهم تملك الكافر العبد المسلم بالشراء على تملكه اياه بالارث .

(٢٤) أي تزوج المسلمة ، وهو بوزن المنع ، ويطلق أيضا على المجامعة كالمباضعة ويطلق أيضا على الفرج . أنظر القاموس جـ٣ ص٥ .

والمقصود هنا المعنى الأول .

(٢٥) أي قصد ملك البضع اذ ليس في ذلك صغار عليها خلال العدة لانها هي التي بدأت أسباب الفراق ولانها لا تمكنه من نفسها اثناء العدة .

اذا اسلمت عنده (٢٦)، ولا يجوز أن يملك بقصده (٢٧)، ولان الارث كالبقاء على الملك (٢٨)؛ ولهذا يرد الوارث على بائع موروثه بالعيب (٢٩)؛ والكفر لا يمنع الملك فى البقاء ولهذا يملك المجوسى بضع المسلمة (٣٠) فى حالة البقاء (٣١) ولا يملك فى الابتداء (٣٢).

---

(٢٦) حيث تبقى العلقة الزوجية بينهما مالم تنته عدتها منه ، وتحسب منذ أسلمت ، ثم ينقطع بعدها ملكه لبضعها . أنظر شرح/المحلي على المنهاج جـ٣ص٢٦٠ .

(٢٧) أى أن يملك نكاح المسلمة ابتداء ، لان فى ذلك صغارا على الاسلام . والمقصود: اثبات الفرق بين الملك بالميراث والملك بالبيع فى الكافر اذا اشترى عبدا مسلما ، ليبطل به قياسهم المذكور.

(٢٨) حيث لا يزول ملك الكافر للعبد المسلم اذا اسلم وهو فى ملك الكافر لكنه لا يقر فى يده ، بل يؤمر بازالة ملكه عنه بالبيع أو الهبة أو العتق أو غير ذلك ، ولا يكفى فيه الرهن والتزويج والاجارة والحيلولة . أنظر المجموع جـ٩ ص٣٥٠ .

(٢٩) فى نسخة ((ب)) : بما يرد موروثه ./ بمعنى ان المورث اذا اشترى سلعة ثم مات ، ثم تبين للورثة ان فى السلعة عيبا فان لهم حق الرد بالعيب كما لو كان المورث حيا حيث يثبت له خيار الرد بالعيب.

(٣٠) أى الى أن تنتهى عدتها منه فان اسلم اثناء العدة والا فسخ نكاحهما . أنظر الوجيز جـ٢ ص١٤ .

(٣١) أى فى حال ما اذا انشآ العقد وهما كافرين ثم اسلمت هى ، فان ملكه لبضعها أى لزواجها ـ دون الوطء ـ يبقى مستمرا حتى تنتهى العدة فان اسلم والا فسخ النكاح .

(٣٢) أى لا يجوز له ابتداء نكاح المسلمة لما فيه من ادخال الذل على الاسلام .

قالوا : احد شطرى (٣٣) البيع فملكه الكافر فى العبد المسلم ،كالا يجاب. (٣٤)

قلنـا : يجوز أن يملك أحد الشطرين دون الاخر ، كالاب يملك القبول فى ولده، (٣٥) ولا يملك الايجاب، (٣٦) والمستولد جارية الغير بالنكاح يملك القبول (٣٧) ولا يملك الايجاب، (٣٨) والسيد يملك فى عبده الايجاب (٣٩) ولا يملك القبول ،ولان الايجاب نفي للصغار، (٤٠) والقبول اجتلاب للصغار (٤١) وحكمهما مختلف ، ولهذا يجـوز

---

(٣٣) فى نسخة ((ب)) : أحد شرطى البيع ./ أى القبول أحد شطـرى البيع ، والثانى الايجاب .

(٣٤) حيث يملكه الكافر ،فيجوز له بيع العبد المسلم .
بجامع انه أحد شطرى البيع فى كل من الاصل وهو الايجاب والفـرع وهو القبول أى فى شراء الكافر العبد المسلم .
ولما كان حكم الاصل ان الكافر يملك الايجاب فى بيع العبد المسلـم ، كان حكم الفرع كذلك فيملك الكافر القبول فى شراء العبد المسلم أيضا لذلك .

(٣٥) أى ان يشترى له من ماله .

(٣٦) أى فلا يملك بيع ماله ،لانعدام التهمة فى القبول ،واحتمالها فى الايجاب.

(٣٧) أى فى شراء تلك الجارية .

(٣٨) أى فلا يملك بيعها . لانها ليست ملكا له .

(٣٩) أى عبده المسلم ، لانه يملك الايجاب والقبول فى غير عبده المسلم قطعا لانتفاء الموانع الشرعية فى ذلك .

(٤٠) لان فيه ازالة ليد الكافر عن عبده المسلم ، فجاز منه ذلك .

(٤١) لان فيه اثباتا ليده عليه ، فيلحقه به العار. فمنع منه .

عندهم أن يطلق الكافر المسلمة قبل التفريق[(٤٢)]، ولو اراد أن يتزوج مسلمة لم يجز.[(٤٣)]

قالوا : عقد مغابنة[(٤٤)]، فأشبه الاجارة.[(٤٥)]

قلنا : ان كانت الاجارة[(٤٦)] في الذمة جاز[(٤٧)] وان كانت على العين فيه وجهان[(٤٨)]،

---

(٤٢) أى قبل أن يحكم عليه بفسخ النكاح لاختلاف الدين ، فدل صحة طلاقه لها على صحة ملكه بضعها قبله . وانما جاز وقوع طلاقه عليها لان فيه نفيا للصغار ببقائها عنده الى أن يتم التفريق بينهما .

(٤٣) لان فيه ادخالا للصغار عليها .

والمراد من كل ذلك اثبات أن بين الايجاب والقبول فارقا لا يصح معه قياسهم لاحدهما على الاخر .

(٤٤) أى البيع عقد مغالبة بين البائع والمشترى ، تقول : غبنه في البيع والشراء غبنا من باب ضرب مثل غلبه ، فانغبن . وغبنه أيضا بمعنى نقصه . أنظر المصباح جـ٢ ص٩٤ .

والمقصود: انه عقد مبنى على المماكسة والمغالبة ، فيصح من المسلم والكافر في العبد المسلم .

(٤٥) حيث يجوز للكافر استئجار المسلم .

بجامع ان كلا عقد مغابنة ومماكسة ، اما الاصل فهو عقد الاجارة ، واما الفرع فهو عقد البيع . ولما كان حكم الاصل جواز استئجار الكافر المسلم ، كان حكم الفرع كذلك فيجوز للكافر شراء العبد المسلم أيضا لذلك .

(٤٦) الاجارة نوعان : اجارة واردة على العين : كاجارة العقار والدابة والشخص واجارة واردة على الذمة : كاستئجار دابة موصوفة لحمل مثلا ، وبان يلزم ذمته عملا كخياطة أو بناء أو غير ذلك . أنظر مغنى المحتاج جـ٢ ص٣٣٤ .

(٤٧) أى أن تقع الاجارة على ذمة المسلم اذ لا صغار عليه فيها .

(٤٨) وقد حكى في المهذب خلافا في استئجار الكافر المسلم اجارة عين ، فقال : فيها قولان الجواز وعدمه ، وقيل : تجوز قولا واحدا ، لان عليا رضى الله عنه =

وان سلم فلأنه لاصغار على الاسلام ،لان كل ماعمل له شيئا استحق بازائه اجرة، (٤٩)
ولهذا لا يمنع (٥٠) من استدامته بخلاف البيع، (٥١) ولان الحر (٥٢) وام الولد (٥٣) والمدبر (٥٤)

= كان يستقي الماء لامرأة يهودية كل دلو بتمرة. والاثر حسن الاسناد. أنظر: المجموع جـ١٣ ص ٤٨٤ والمهذب جـ١ ص ٣٩٥.

(٤٩) وأخذ الاجرة ينافي الصغار لانه لو امتنع عن ادائها اليه لحاكمه الى القاضي وارغمه على دفعها ،ولا كذلك شراء الكافر العبد المسلم.

(٥٠) بالبناء للمجهول ، والمعنى انه لانتفاء الصغار في استئجار الكافر للمسلم لا يمنع الكافر من استمرارية عقد الاجارة ، ولا كذلك البيع.

(٥١) أي فان فيه صغارا للمسلم ،لان الكافر يستخدمه بالرق من غير مقابل. ولذلك اذا اسلم العبد عند الكافر منع من استدامة ملكه عليه. فدل ذلك على الفرق بين الاصل وهو البيع والفرع وهو الاجارة في قياسهم ، والقياس مع الفارق باطل.

(٥٢) في نسخة ((ب)) : ولان الحرة.

(٥٣) وهي الامة اذا احبلها سيدها فولدت ،سواء كان المولود حيا أو ميتا أو ما تجب فيه غرة ،فاذا مات السيد فانها تصبح حرة بموته. وأولادها أحرار أيضا فلا يصح بيعها ولا هبتها ولا رهنها.
أنظر المنهاج ص ١٦٢.

(٥٤) وهو العبد - ذكرا كان أو انثى - الذي تعلق عتقه بموت سيده. كأن يقول له السيد : انت حر بعد موتي. أو اذا مت أو متى مت فانت حر. وانما سمي بذلك لانه يصبح حرا دبر حياة سيده.

وهذا المدبر لا يجوز بيعه ولا هبته ولا رهنه. أنظر شرح المحلي جـ٤ ص ٣٥٨
وانما حرم بيع المدبر وام الولد لقربهم من الحرية حيث يعتقون بموت السيد كما قلنا.

يجوز اجارتهم ولا يجوز بيعهم (٥٥) .

قالوا : لو (٥٦) منع الاسلام العقد (٥٧) ، لأبطله اذا طرأ قبل القبض ،كالاحرام في الصيد (٥٨) والموت في العبد (٥٩)

قلنا : يبطل بالاباق في العبد (٦٠) والجنون في العاقد (٦١) .

---

(٥٥) في نسخة ((ب)) : يجوز اجارتها ولا يجوز بيعها . / أي المذكورات الثلاث .

أي فدل جواز اجارتهم ومنع بيعهم على بطلان قياسهم البيع على الاجارة للفارق المذكور اذ ليس كل ما جازت اجارته جاز بيعه .

(٥٦) سقط حرف (لو) من نسخة ((ب)) .

(٥٧) أي لو منع اسلام العبد صحة بيعه للكافر ،لبطل البيع باسلام العبد قبل ان يقبضه المشتري الكافر .

(٥٨) حيث اذا دخل الحرم وفي يده صيد بطل ملكه له ووجب عليه افلاته . أنظر التبيين جـ٢ ص ٦٩ .

(٥٩) حيث اذا مات سقط ملك السيد عنه لانعدام صفة الملكية فيه بموته . أي والحال ان العقد لا يبطل باسلام العبد قبل القبض ، فلا يبطل أيضا باسلامه بعد البيع .

(٦٠) حيث يبطل العقد بهروب العبد بعد عقد البيع وقبل القبض ،لعدم القدرة على تسليم العبد المبيع اذا ابق .

(٦١) حيث يبطل عقد البيع اذا جن أحد المتعاقدين قبل قبض المبيع لعدم أهليته لاتمام العقد ، لان قبض المبيع شرط في صحة العقد .

والمقصود:اثبات الفرق بين فوات المبيع قبل القبض وفواته بعده ، حيث يبطل به العقد في الاول ولا يبطل به في الثاني .

* مســـــألة (٧٨) : يجوز بيع دور مكة (١) . / ١٤٥ ش .

وقال أبو حنيفة في أحد الروايتين : لا يجـــوز (٢) .

لنـــا : ماروى اسامة (٣) قال : قلت : يارسول الله أين تنزل غدا ، قـــال :

---

(١) مبنى الخلاف في هذه المسألة هو هل فتحت مكة عنوة أم صلحا . فمن قال : عنوة منع من بيع دورها ، ومن قال صلحا اجاز بيع دورها .
أنظر المجموع جـ٩ ص ٢٣٦ .
وهو قول المالكية : وقيل : يمنع ، وقيل : يكره . أنظر القوانين ص ٣٠٤ .

(٢) لا خلاف عند الحنفية في جواز بيع بناء مكة وبيوتها ، وانما الخلاف في بيع ارضها فكرهه الامام في رواية واجازه في آخرى وفاقا للصاحبين وبه يفـــتى في المذهب .
وكذلك كره الامام اجارة بيوتها خلافا للصاحبين ، وعنه رواية بالجواز وفاقا لهما .
واما اجارة ارضها فلا خلاف في كراهتها في المذهب .
أنظر : الهداية جـ٨ ص ٤٩٥ . التبيين جـ٦ ص ٢٩ . مجمع الانهـــر : جـ٢ ص ٥٤٧ والدر المنتقى أيضا .
وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى جـ٢ ص ١٤٤ . كشاف القناع جـ٣ ص ١٤٩ .
وذكر في المغني جـ٤ ص ١٩٦ رواية أخرى أن بيعها جائز .
وبجواز بيع دورها يقول ابن حزم أيضا : المحلى جـ٩ ص ٦٩٥ .

(٣) هو اسامة بن زيد بن حارثة الكلبي ، حب رسول الله صلى الله عليه وســـلم وابن حاضنته أم أيمن ولد في الاسلام ، ومات النبي صلى الله عليه وســـلم وله عشرون سنة ، وقيل ثماني عشرة ، وكان النبي صلى الله عليه وسلم قـــد امره على جيش عظيم فمات النبي صلى الله عليه وسلم قبل أن يتوجه الجيش ، فانفذه أبو بكر ، وكان عمر يجله ويكرمه ، وفضله في العطاء على ولده عبد اللـه ، اعتزل اسامة الفتن بعد مقتل عثمان الى أن مات اواخر خلافة معاوية ، وكان قد سكن المزة في دمشق ثم سكن وادي القرى ثم المدينة ، ومات بها سنة أربع وخمسين . له عشرون حديثا . أنظر الخلاصة ص ٢٦ ، والاصابة جـ١ ص ٣١ رقم / ٨٩ .

(وهل ترك لنا عقيل شيئا لا يرث(٥) المسلم الكافر ولا الكافر المسلم(٦)) أى ورثها عن أبى طالب(٧) ؛ لانه كان(٨) كافرا ولانـــه أرض لم يرد عليهـــــا بعـــد

---

(٥) قوله (لا يرث المسلم) مطموسة فى نسخة ((ب)) .

(٦) رواه البخارى جـ٣ ص ٦١ كتاب المغازى . باب اين ركز النبى صلى الله عليه وسلم الراية يوم الفتح . ولفظه: عن اسامة بن زيد انه قال زمن الفتح يارسول الله اين تنزل غدا قال النبى صلى الله عليه وسلم: وهل ترك لنا عقيل من منزل ثم قال : لا يرث المؤمن الكافر ولا يرث الكافر المؤمن . قيل للزهرى ، ومن ورث ابا طالب . قال : ورثه عقيل وطالب .أهـ. وهما ابنا عم النبى صلى الله عليه وسلم .
ورواه مسلم جـ٢ ص ٩٨٤ كتاب الحج : باب النزول بمكة للحاج وتوريث دورها رقم/ ٤٣٩ بدون قوله (لا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم) .
واما هذه الجملة فرواها عن اسامة بدون الجملة الاولى (وهل ترك لنا عقيل من دار) فى كتاب الفرائض جـ٣ ص ١٢٣٣ . رقم/ ١ .

(٧) أى والارث أحد اسباب الملك ، فصح ان دور مكة تباع وتشترى .
وأبو طالب : هو عبد مناف بن عبد المطلب بن هاشم ، من قريش ، عم النبى صلى الله عليه وسلم وكافله ومربيه ومناصره فى نشر دعوته ، كان من أبطال بنى هاشم ورؤسائهم ومن الخطباء العقلاء الاباة ، دعاه النبى صلى الله عليه وسلم الى الاسلام فامتنع خوفا من أن يعيره قومه بتركه دين اباته ووعده بنصرته وحمايته ، وقد قال النبى صلى الله عليه وسلم مانالت قريش منى شيئا اكرهه حتى مات أبو طالب . توفى سنة ٣ قبل الهجرة . أنظر الاعلام جـ٤ ص ١٦٦ .

(٨) كلمة (كان) مطموسة فى نسخة ((ب)) . / والضمير فى (لانه) عائد الى عقيل .
وعقيل: هو بن عبد مناف (أبى طالب) بن عبد المطلب بن هاشم القرشى ، كنيته : أبو يزيد ، كان أعلم قريش بايامها ومآثرها ومثالبها وانسابها ، اسلم وكان فصيح اللسان شديد الجواب وهو أخو على وجعفر لابيهما ، كانـــت =

الاحيـاء[٩] صدقة مؤبدة[١٠]، فجاز بيعها ،كارض الحل[١١].

فان احتجوا : بقوله تعالى (والمسجد الحرام الذى جعلناه للناس سواء العاكف فيه والباد[١٢]) والمسجد عبارة عن الحرم[١٣] فى عرف الشرع .

قلنا : بل المسجد عبارة عن المسجد نفسه ،فوجب حمله على ظاهره[١٤]، كما قال عز وجل (فول وجهك شطر المسجد الحرام[١٥]) وانما خص المسجد

= قريش تتحاكم اليه ،اسلم بعد الحديبية ،وكان قد اسر فى وقعة بدر حيث اخرجته لها قريش كرها ،ففداه عمه العباس بن عبد المطلب ،شهد غزوة مؤتة ،وكان من الثابتين فى حنين ،وفارق اخاه عليا فى خلافته ووفد الى معاوية ،توفى سنة ستين للهجرة. أنظر الاعلام جـ٤ ص ٢٤٢ .

(٩) احياء الارض : مباشرتها باحداث شئ فيها ،كتسويرها أو زرعها أو عمارتها ، ونحو ذلك ، تشبيها باحياء الميت . أنظر جامع الاصول جـ١ ص٣٤٨ رقم / ١٣١ .

(١٠) أى لم يرد عليها بعد الاحياء تسبيل أو وقف.

(١١)حيث يجوز بيعها وبيع دورها .

بجامع ان كلا ارض لم يرد عليها بعد الاحياء وقف أو تسبيل فى كل من الاصل وهو أرض الحل والفرع وهو أرض مكة .

ولما كان حكم الاصل جواز بيع ارض الحل كان حكم الفرع كذلك فيجوز بيع ارض مكة أيضا لذلك .

(١٢) فى نسخة ((ب)) :(والبادى) .

والاية فى سورة الحج آية/ ٢٥ . ومحل الشاهد ماسيذكره الان .

(١٣) أى أرض الحرم كلها وهى ماعدا الحل .

(١٤) لانه المعنى القريب المتبادر لاول وهلة ،ولا يعدل عنه الا بدليل .

(١٥) البقرة. آية/ ١٤٩ .

الحرام لانه اشرف المساجد ،(١٦) فربما جاء من يمنع الناس منه(١٧) ولهذا قال صلى الله عليه وسلم (يابني عبد مناف من ولي منكم من أمر الناس شيئا فلا يمنعن أحدا طاف بهذا البيت وصلى اية ساعة شاء من ليل أو نهار)(١٨) .

قالوا : روى عبد الله بن عمرو بن العاص(١٩) أن النبي صلى الله عليه وسلم قال (لا يحل بيع بيوت مكة ولا اجارتها)(٢٠) .

---

(١٦) سقطت جملة (وانما خص المسجد الحرام لانه أشرف المساجد) من نسخة ((ب)) . / والمعنى انه انما خص المسجد الحرام بالذكر ولم يكتف بذكر الحرم لان المسجد الحرام اشرف مساجد الحرم .

(١٧) أي فتتعطل فيه الشعائر ، ولذلك اكد على ذكره خاصة دون الحرم تعظيما وتحذيرا من التعرض له بشئ يمنع اقامة الشعائر فيه .

(١٨) رواه النسائي جه ص ٢٢٣ كتاب المناسك . تحت عنوان : اباحة الطواف في كل الاوقات عن ام سلمة مرفوعا ، وليس فيه (من ولي منكم من امر الناس شيئا) .

ورواه الترمذي جـ٣ ص٢٢٠ كتاب الحج ، باب ماجاء في الصلاة بعد العصر وبعد الصبح لمن طاف . بلفظ النسائي لكن عن جبير بن مطعم . رقم / ٨٦٨ . ثم قال : حديث جبير حديث حسن صحيح . أهـ.

ورواه ابن ماجه جـ١ ص٣٩٨ كتاب اقامة الصلاة باب ماجاء في الرخصة في الصلاة بمكة في كل وقت . رقم / ١٢٥٤ عن جبير ابن مطعم بلفظ النسائي أيضا .

(١٩) أنظر ترجمته في المسألة رقم (٤) هامش (٣١) .

(٢٠) رواه البيهقي جـ٦ ص٣٥ باب ماجاء في بيع دور مكة ، وضعفه .

ورواه الدارقطني جـ٣ ص٥٨ كتاب البيوع ، رقم / ٢٢٧ ، عن عبد الله بن عمرو ابن العاص مرفوعا : مكة مناخ لا تباع رباعها ، ولا تؤاجر بيوتها . أهـ ثم قال : اسماعيل بن ابراهيم بن مهاجر - وهو أحد رجال السند - ضعيف ، ولم يروه غيره . أهـ .

=

قلـــنا : قال الدارقطني[٢١] : هو موقوف على عبد الله بن عمرو[٢٢] ، ثم نحمله على الوقوف[٢٣] التي بها ، وخص مكة لأن الوقوف بها تكثر.

= ورواه الحاكم في المستدرك جـ٢ ص٥٣ باب مكة مناخ . وقال : صحيح الاسناد ولم يخرجاه . أهـ . من طريق اسماعيل ابن ابراهيم بن المهاجـــــر.

قال فيه البخاري : منكر الحديث .

ورواه العقيلي وابن عدى واعلاه باسماعيل وأبيه ابراهيم ، وقالا في اسماعيل لا يتابع عليه . وكذا ضعفه أحمد بن حنبل وابن معين . أنظر النصـــــب: جـ٤ ص٢٦٥ .

وقال الذهـــبي : اسماعيل بن ابراهيم بن مهاجر البجلي الكوفي : ضعفوه .أهـ ثم رمز بحرفي (ت) و(ق) أي انه من رجال الترمذي وابن ماجه .

أنظر ديوان الضعفاء ص١٩ رقم/٣٧٠ .

وقال النووي : واما حديث اسماعيل بن ابراهيم بن مهاجر عن أبيه فضعيف باتفاق الحفاظ ، واتفقوا على تضعيف اسماعيل وابيه ابراهيم .أهـ المجمـــوع: جـ٩ ص٢٣٨ .

(٢١) أنظر ترجمته في المسألة رقم (١) هامش (٢٨) .

(٢٢) في نسخة ((ب)) : هو موقوف على عبد الله بن عمرو بن العاص . / أي انه من كلامه هو -

ولم أقف على قول الدارقطني المذكور في سننه ، فلعله قاله في غيرها .

وقد نص البيهقي على أن الصواب وقفه نقلا عن الدارقطني أيضا . أنظـــــر البيهقي جـ٦ ص٣٥ .

(٢٣) جمع وقف بفتح فسكون ويجمع على أوقاف أيضا ، والوقف لغة : الحبس يقال وقفت كذا أي حبسته ، ولا يقال أوقفته الا في لغة تميم وهي رديئة وعليهـــا العامة ، وشرعا : حبس مال يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه بقطع التصرف في رقبته على مصرف مباح موجود . أنظر مغني المحتاج جـ٢ ص٣٧٦ .

والمقصود اننا نحمل النهي الوارد في بيع بيوت مكة على ماكان موقوفا منها .

قالوا : روى علقمة بن نضلة (٢٤) قال : توفى رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبو بكر وعمر رضى الله عنهما ورباع مكة تدعى السوائب ، لا تباع ، من احتاج سكن ومن استغنى اسكن (٢٥) .

قلنا (٢٦) : يحتمل انه اراد به كرم اهلها وسماحتهم بها (٢٧) ، والدليل عليه (٢٨) :

---

(٢٤) فى الاصل : بن ثعلبة ، ثم ضرب عليها الناسخ ، وكتب فى الهامش : ابن نضلة ، وفى نسخة ((ب)) : بن ثعلبة . والصواب ما أثبتناه .
وعلقمة بن نضلة ، بنون بعدها ضاد معجمة ، الكنانى أو الكندى الكوفى ، روى عن عمر مرسلا ، وروى عنه عثمان بن أبى سليمان ، روى له ابن ماجه أنظر الخلاصة ص ٢٧١ . الميزان جـ٣ ص ١٠٨ رقم / ٥٧٥٩ ، وذكر فى تهذيب التهذيب جـ٧ ص ٢٧٩ ان ابن حبان ذكره فى ثقات اتباع التابعين .

(٢٥) كلمة (اسكن) مطموسة من نسخة ((ب)) .
والاثر رواه الدارقطنى جـ٣ ص ٥٨ كتاب البيوع . رقم / ٢٢٨ .
ورواه البيهقى جـ٦ ص ٣٥ ، باب ما جاء فى بيع دور مكة ، ثم قال : هذا منقطع . أهـ
وقد ايده النووى فى ذلك ، أنظر المجموع جـ٩ ص ٢٣٩ .
وقد سبقت ترجمة عمر فى المسألة رقم (٤٠) هامش (٨) .
واما أبو بكر : فهو الصديق ، واسمه عبد الله بن عثمان بن عامر بن عمرو ابن كعب التميمى ، أبو بكر بن أبى قحافة ، أول من أسلم من الرجال ، ورفيق النبى صلى الله عليه وسلم فى هجرته شهد المشاهد كلها ، وكان أفضل الصحابة ، كان أبيض اشقر لطيفا مسترق الوركين ، قال فيه عمر : أبو بكر خيرنا وسيدنا واحبنا الى النبى صلى الله عليه وسلم ، أهـ فيه نزل (ثانى اثنين اذ هما فى الغار) توفى سنة ثلاث عشرة ودفن بالحجرة النبوية . أنظر الخلاصة ص ٢٠٦ الحلية جـ١ ص ٢٨ .

(٢٦) لفظ (قلنا) مطموس فى نسخة ((ب)) .

(٢٧) سقط لفظ (بها) من نسخة ((ب)) . / أى والدليل اذا تطرق اليه الاحتمال سقط به الاستدلال ، لما يشتمل عليه حينئذ من الاجمال .

(٢٨) هذه العبارة غير واضحة فى نسخة ((ب)) .

ان عمر (٢٩) اشترى دارا من صفوان (٣٠) بن أمية باربعة آلاف درهم، (٣١) واشترى معاوية (٣٢) من حكيم بن حزام (٣٣) دارين أحداهما بستين الفا ، والاخرى بأربعين

---

(٢٩) أنظر ترجمته فى المسألة رقم (٤٠) هامش (٨) .

(٣٠) هو صفوان بن أمية بن خلف بن وهب بن حذافة بن جمح أبو وهب الجمحى .
قتل أبوه يوم بدر كافرا ، وكان الى صفوان امر الازلام فى الجاهلية ، هرب يوم الفتح ، واسلمت امرأته ناجية بن الوليد بن المغيرة ، فأحضر له ابن عمه عمير بن وهب امانا من النبى صلى الله عليه وسلم ، فعاد وحضر وقعة حنين قبل أن يسلم ، ثم اسلم ، وكان النبى استعار منه سلاحه يوم حنين ، أعطاه النبى من غنائم حنين فاكثر له ، فقال : اشهد ماطابت بهذا الانفس نبى فاسلم . نزل على العباس بالمدينة ، ثم أذن له النبى صلى الله عليه وسلم فى الرجوع الى مكة ، فأقام بها حتى مات بها مقتل عثمان ، وقيل عاش الى أول خلافة معاوية . أنظر الاصابة جـ٢ ص ١٨٧ رقم /٤٠٧٣ .

(٣١) الاثر رواه البيهقى جـ ٦ ص ٣٤ باب ماجاء فى بيع دور مكة ، ولم يعقب عليه فى الجوهر النقى بشئ .

(٣٢) هو معاوية بن أبى سفيان صخر بن حرب بن أمية بن عبد شمس بن عبد مناف القرشى الاموى .
أمير المؤمنين ، ولد قبل البعثة بخمس سنين وقيل بسبع وقيل بثلاث عشرة والاول اشهر ، قيل اسلم بعد الحديبية وكتم اسلامه حتى أظهره عام الفتح كان من الكتبة الحسبة الفصحاء ، حليما وقورا ، وكان طويلا أبيض اجلح ، صحب النبى صلى الله عليه وسلم وكتب له ، تولى الشام لعمر ثم استمر عليها أيام عثمان ، ولم يبايع عليا وحاربه واضاف اليه مصر ثم تسمى بالخلافة بعد التحكيم ، ثم استقل لما صالح الحسن واجتمع عليه الناس فسمى ذلك العام عام الجماعة ، واستمر فى الخلافة عشرين سنة . كان عمر اذا نظر اليه يقول : هذا كسرى العرب . توفى سنة ستين على الصحيح . أنظر الاصابة جـ٣ ص٤٣٣ رقم /٨٠٦٨ .

(٣٣) أنظر ترجمته فى المسألة رقم) (٦٨) هامش (٢٤) .
=

ألفـــا :[٣٤]

قالوا : أصل مستقر فى الحرم ، فأشبه الكعبة والمسعى والشجر.[٣٥]

قلنـا : المنع فى الكعبة[٣٦] انه مسجد[٣٧] ، ولهذا يحرم بيعه[٣٨] من غـير الحرم ، والمسعى[٣٩] مستحق للنسك لا يجوز احياؤه وتملكه[٤٠] . والشـجر

---

(٣٤) الاثر رواه البيهقى جـ٦ ص ٣٥ باب ماجاء فى بيع دور مكة ، ولفظه : باع حكيم بن حزام دار الندوة من معاوية بن أبى سفيان بمائة ألف فقـال عبد الله بن الزبير : ياأبا خالد اذهبت مأثرة قريش وكريمتها فقال : هيهات ياابن أخى ، ذهبت المكارم فلا مكرمة اليوم الا الاسلام ، فقال اشهدوا انها فى سبيل الله تبارك وتعالى يعنى الدراهم . أهـ

(٣٥) حيث لا يباع شئ من هذه المذكورات .

والجامع فى القياس المذكور هو ان كلا اصل مستقر فى الحرم ، اما الأصـل فهو الكعبة والمسعى والشجر واما الفرع فهو دور مكة .

ولما كان حكم الاصل هو حرمة بيع الكعبة والمسعى والشجر كان حكم الفرع كذلك فلا تباع دور مكة أيضا لذلك .

(٣٦) فى الاصل : المعنى / ومكتوب عليها أيضا كلمة (المنع) . وفى نسخة ((ب)) : المعنى . / وكلاهما صحيح . فعلى قوله : المعنى فى الكعبـة : أى المعنى الذى من أجله منع بيع الكعبة ، وعلى قوله : المنع فى الكعبـة ، أى سبب منع بيع الكعبة .

(٣٧) أى مكان للصلاة ، فيحرم بيعه ، لكونه اصبح ملكا عاما للمسلمين .

(٣٨) أى شراء حجارته من غير الحرم لعمارته . وكلمة بيع من الاضداد أى تحمل على معنيين متضادين . البيع والشراء . تقول باع الشئ يبيعه بيعا فهـو مبيع ، ومنه حديث (لا يبع على بيع أخيه) أى لا يشتر على شرائه وانما وقـع النهى على المشترى لا على البائع . أنظر المختار ص٧١ .

(٣٩) أى مكان السعى بين الصفا والمروة .

(٤٠) لان ذلك يؤدى الى تعطيل أداء النسك .

محرم أخذه (٤١)، ولهذا يحرم الصيد (٤٢) وان لم يكن مستقرا فيه (٤٣)، وهذا (٤٤) غير محرم، فهو كسائر البقاع. (٤٥)

* مسألة (٧٩) : اذا قال : بعتك هذا القطيع (١)، كل شاة بدرهم، صح البيع. (٢) / ١٤٥ ش.

---

(٤١) أى فضلا عن بيعه .
لحديث (حرم الله مكة فلم تحل لاحد قبلى، ولا تحل لاحد بعدى، احلت لى ساعة من نهار، لا يختلى خلاؤها، ولا يعضد شجرها ولا ينفر صيدها ولا تحل لقطتها الا لمعرف، ... الحديث) رواه البخارى جـ١ ص٢٣٣ كتاب الجنائز باب الاذخر والحشيش فى القبر.
(٤٢) فى نسخة ((ب)) : بينهما . / ولا محل لها، لانها لا يمكن حملها على مابين الصفا والمروة، لان الصيد فى غيرهما من الحرم كهما، ولا على مابين الحل والحرم، لان ماليس حرما فهو حل، فلا يمنع فيه الصيد، الا أن يكون على جهة الاحتياط . لكن لا يستعمل فيه لفظ التحريم .
(٤٣) أى فى الحرم . أى حتى الصيد العابر فى أجواء الحرم لا يجوز صيده .
(٤٤) أى شراء البيوت وبيعها .
(٤٥) فانه يجوز فيها البيع والشراء .
والمراد اثبات الفرق بين الاصل والفرع فى قياسهم، والقياس مع الفارق باطل .
(١) القطيع من الغنم ونحوها : الفرقة، والجمع قطعان . أهـ المصباح جـ٢ ص١٦٨.
وفى المختار ص ٥٤٣ : والقطيع : الطائفة من البقر أو الغنم، والجمع اقاطيع وأقطاع وقطعان - بضم فسكون - أهـ .
(٢) أى سواء علم عدد الشياة فى القطيع أو لم يعلم .
أنظر فتح العزيز جـ٨ ص١٤٣ . المنهاج ص٤٥ . مغنى المحتاج جـ٢ ص١٧ .
وذكر فى شرح المحلى جـ٢ ص١٦٣ قولا آخر انه لا يصح، الا أن القليوبى نفى وجود خلاف فى المسألة .
=

وقال أبو حنيفة : لا يصح .(٣)

لنـا : ان غرر(٤) الجهالة يزول بالعلم بالتفصيل(٥) ، كما يزول بالعلم بالجملة(٦) ، ولو علم(٧) الجملة جاز(٨) فكذلك اذا علم التفصيل .(٩)

= وهو قول الحنابلة: شرح المنتهى جـ٢ ص١٥٢ . كشاف القناع جـ٣ ص١٦٤ وفى المقنع ص١٠٠ انه لا يصح .

واليه ذهب المالكية : الشرح الصغير جـ٢ ص١٠ : ويصح بيع كل صاع من صبرة معينة .

واريد بيع الجميع لان الجهل وان تعلق بجملة الثمن ابتداء لكن يعلم تفصيله بالكيل فاغتفر. أهـ

ومثله بيع القطيع كل شاة بدرهم . وأنظر الجواهر جـ٢ ص٧ . شرح المنح جـ٢ ص٤٩ .

(٣) خلافا للصاحبين . الهداية جـ٥ ص٤٧٥ . التبيين جـ٤ ص٦ . مجمع الانهر جـ٢ ص١١ .

وهو قول ابن حزم : المحلى جـ٩ ص٦٣٦ : لا يحل بيع جملة مجهولة القدر على أن كل صاع بدرهم أو كل رطل منها بدرهم أو كل ذرع منها بدرهم أو كل اصل منها أو كل واحد منها بكذا وكذا ، وهكذا فى جميع المقادير والاعداد. أهـ والاغنام من الاعداد .

(٤) الغرر بفتحتين : الخطر. أهـ المختار ص٤٧١ أى خطر الجهالة المؤدية الى التنازع .

(٥) أى ان خطر جهالة عدد المبيع يزول بالعلم بثمن كل شاة منفردة .

(٦) وهو مالو علم عدد الشياة فى القطيع بأن قال : فيه أربعون شاة كل شاة بدرهم

(٧) فى نسخة ((ب)) : ثم لو علم .

(٨) أى جملة مافى القطيع من شياة . وانما جاز لان المبيع معلوم والثمن معلوم فى هذه الصورة .

(٩) حيث يصح البيع اذن قطعا .

بجامع زوال غرر الجهالة فى كل من الاصل وهو مالو علم عدد جملة المبيع =

قالوا : مبلغ الثمن غير معلوم فى الحال (١٠)، فأشبه اذا قال : بعتك هذه السلعة برقمها (١١).

قلنا : هناك (١٢) دخل على غرر (١٣)، لانه لا يدرى أن البائع قد غبن فيها (١٤) أولا ، وهاهنا (١٥) قد دخل على علم بأن كل شاة بدرهم (١٦).

= وثمنه ، والفرع وهو مالو علم الثمن وجهل العدد .
ولما كان حكم الاصل جواز البيع اذا علم الجملة ، كان حكم الفرع كذلك فيجوز اذا علم التفصيل دون الجملة أيضا لذلك .

(١٠) لان عدد الشياة فى القطيع غير معلوم وقت العقد ، وان كان ثمن كل شاة منه معلوما .

(١١) أى بما كتب عليها من ثمن ، والمشترى لا يعلم ماكتب عليها وقت العقد ، أنظر النهاية جـ٢ ص ٢٥٢ : - هو - ما يكتب على الثياب من اثمانها لتقع المرابحة عليه أو يغتر به المشترى . أهـ
والجامع فى القياس المذكور هو جهالة الثمن فى كل من الاصل وهو مالو باع السلعة برقمها ، والفرع وهو مالو باع القطيع كل شاة بدرهم ولم يعلم العدد .
ولما كان حكم الاصل هو عدم صحة بيع السلعة برقمها كان حكم الفرع كذلك فلا يجوز بيع القطيع كل شاة بدرهم أيضا لذلك .

(١٢) أى فى بيع السلعة برقمها .

(١٣) أى على جهالة ومخاطرة .

(١٤) أى لا يدرى هل خدع البائع المشترى فى ثمن السلعة أم لا . ففى المختار : ص ٤٦٨ : غبنه فى البيع خدعه ، وبابه ضرب ، وقد غبن فهو مغبون . أهـ.

(١٥) أى فى بيع القطيع كل شاة بدرهم .

(١٦) أى فكان بين الاصل والفرع فى قياسهم فرق ، والقياس مع الفارق باطل .

مسألة (٨٠) : اذا قال : بعتك من هذه الدار عشرة اذرع وهي مائة ذراع ، صح البيع في عشرها[1] / ١٤٥ ش.

وقال أبو حنيفة : لا يصح.[2]

لنا : هو[3] أن العشرة من مائة ، عشرها[4] ، فصار كما لو قال : بعتك عشرها[5] ،

---

(١) المختصر ص ٨٧ : ولو اشترى مائة ذراع من دار لم يجز لجهله بالاذرع ، ولو علما ذرعها فاشترى منها اذرعا مشاعة جاز .أهـ. وأنظر شرح المحلى جـ٢ص١٦١.

وذكر في المجموع وجها لبعض الاصحاب انه لا يصح ، فقال في جـ٩ص٣٠٦ : ولو قال : بعتك من هذه الدار عشرة اذرع كل ذراع بدرهم . . . وان كانت ذرعانها معلومة لهما صح البيع عندنا وحمل على الاشاعة . . . وقال أبوحنيفة لا يصح ، وهو وجه لبعض أصحابنا حكاه الرافعي . والصحيح المشهور الصحة وبه قطع الاصحاب . أهـ .

وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى جـ٢ ص١٥٠ . كشاف القناع جـ٣ ص١٥٩.

المحرر جـ١ ص٢٩٥.

وبه يقول ابن حزم : المحلى جـ٩ ص٦٣٦ : ولا يجوز بيع نصف هذه الدار ولا هذا الثوب أو هذه الارض أو هذه الخشبة من هذه الجهة ، وكذلك ثلثها أو ربعها أو نحو ذلك فلو علم منتهى كل ذلك جاز .أهـ كما هو الحال هنا اذ هي مائة ذراع .

(٢) خلافا لما ذكره عنه الخصاف من جواز ذلك عنده ، والصحيح انه يمنع صحة ذلك البيع خلافا للصاحبين ، أنظر الهداية جـ٥ص٤٧٨ وفتح القدير عليه .

التبيين جـ٤ ص٧ . مجمع الانهر جـ٢ ص١٣.

ولم أقف على قول المالكية في هذه المسألة .

(٣) سقط لفظ (هو) من نسخة ((ب)) .

(٤) أي تساوي عشرها . وذلك بتقسيم العشرة على المائة.

(٥) أي فلا جهالة في المبيع ولا في الثمن ، لان العشر مشاع. وبيع المشاع جائز . =

ولانه لو لم يرد العشر لم يذكر ذرعان الدار.(٦)

قالوا : عشرة اذرع عبارة عن مساحة غير معينة،(٧) فصار كما لو لم يذكر ذرعان الدار.(٨)

قلنا : لو أراد ماقلتم(٩) لم يذكر ذرعان الدار، ويخالف ماقاسوا عليه،(١٠) فان هناك(١١) المبيع مجهول وهاهنا(١٢) المبيع معلوم.(١٣)

* مسألة (٨١) : اذا قال : بعتك هذا بألف مثقال ذهب(١) وفضة، لم يصح البيع.(٢) /١٤٦ى.

= أنظر المجموع جـ٩ ص ٢٧٦ كما لو باع عشرة اسهم من مائة سهم من الدار، بجامع انتفاء الجهالة فى كل، لانه بيع على الاشاعة.

(٦) أى عدد ذرعها. وهو مائة ذراع هنا.

(٧) أى مشاعة تصدق على كل جزء من الدار، وهذه جهالة تضر فى البيع.

(٨) حيث يبطل به البيع للغرر فيه.

والجامع فى القياس المذكور هو عدم التعيين فى كل من الاصل وهو مالو باع من الدار عشرة اذرع ولم يذكر ذرعان الدار، والفرع وهو مالو قال بعتك عشرة اذرع من هذه الدار وهى مائة ذراع.

ولما كان حكم الاصل بطلان بيع عشرة اذرع من الدار دون ذكر ذرعانها كان حكم الفرع كذلك فلا يصح بيع عشرة اذرع من دار وان نص على أن ذرعانها مائة.

(٩) وهو عدم تعيين العشرة. أى لو اراد بيع مشاع مجهول.

(١٠) وهو مالو لم يذكر ذرعان الدار.

(١١) أى فى الدار مجهولة الذرعان. (١٢) أى فى حال تحديد ذرعان الدار.

(١٣) اى ثبت ان قياسهم قياس مع الفارق، وان هو كذلك فهو باطل.

(١) فى نسخة ((ب)) : ذهبا وفضة. / فيكون منصوبا على التمييز. ومافى الاصل يكون بدلا من مثقال.

(٢) للجهل بمقدار الذهب والفضة، وانما كان الجهل بالمقدار مضرا لان العوض =

وقــال أبو حنيفة : يصـــح .(٣)

= هنا متعلق بالذمة ، والقاعدة: ان كلا من الثمن والمثمن اذا كان فـــى الذمة لابد من معرفة قدره يقينا اعني كيلا أو وزنا أو ذرعا ، واما اذا كـان معينا كبعتك ملئ ذا البيت من هذه الحـنطة . صح . أنظر عميرة جـ٢ ص ١٦٢ . وانظر المسألة فى :

المنهاج ص٥٤ . وفى فتح العزيز جـ٨ ص١٤١ : ولو قال : بعت بالف صحاح ومكسرة فوجهان : أظهرهما : انه يبطل لانه لم يبين قدر كل واحـــد منهما . والثانى : يصح ويحمل على التنصيف.

- قال - : ويشبه أن يكون هذا الوجه جاريا فيما اذا قال : بألف ذهبـــا وفضة . أهـ

قال النووى تعليقا على كلام الرافعى : ويشبه أن يكون هذا الوجه جاريا . الخ . قال : قلت : لاجريان له هناك - أى فيما اذا قال بألف ذهبا وفضـــة - والفرق: كثرة التفاوت بين الذهب والفضة فيعظم الغرر . أهـ أى فى حـــال استيفاء نصف الثمن ذهبا ونصفه فضة . أنظر المجموع جـ٩ ص٣٢١ . أى ان الفرق بين صحة البيع بألف صحاحا ومكسرة وبطلانه بألف ذهبا وفضــــة هو قلة تفاوت القيمة بين الصحاح والمكسرة ، وكثرة تفاوتها بين الذهـــب والفضة اذ الدينار ذهبا قد يساوى عشرة من الفضة وقد لا يساوى ذلـــك ، فيقع الغرر فى البيع فيفضى الى فساده .

وببطلانه يقول الحنابلة أيضا : شرح المنتهى جـ٢ ص١٥١ . كشاف القناع : جـ٣ ص١٦٣ . المحرر جـ١ ص٣٠١ .

وهو قول ابن حزم : المحلى جـ٩ ص٤٣٦ .

ولم أقف على قول المالكية فى هذه المسألة .

(٣) أى ويقع التعيين على ما يناسب المبيع. فان قال: بعتك هذه الدار بعشـــرة انصرف الى الدنانير ، وان قال بعتك هذا الثوب بعشرة انصرف الى الدراهم ، وان قال بعتك هذه البطيخة بعشرة انصرف الى الفلوس.
أنظر فتح القدير جـ٥ ص٤٦٨ . التبيين جـ٤ ص٥ . مجمع الانهر جـ٢ ص٩ .

لنـــا : هو انهلا يقتضى (٤) من كل واحد منهما (٥) قدرا معلوما (٦) ، فأشـــبه اذا قال : بعتك بألف شئ (٧) منه ذهب (٨) وباقيه فضة. (٩)

قالوا : اللفظ يقتضى التسوية، (١٠) بدليل انه يحمل على ذلك فى الاقرار. (١١)

---

(٤) أى لا يأخذ أولا يستوفى . من الاقتضاء وهو طلب قضاء الحق .

(٥) أى من الذهب والفضة .

(٦) لان اللفظ فيهما مطلق اذ قد يعطيه دينارا والباقى فضة أو العكـــس، فيكون فى الثمن جهالة مفضية الى التنازع .

(٧) على جعل شئ مضافا اليه ، وشئ هنامبهم ، وضحه قوله : منه ذهـــب وباقيه فضة .
لكنه أوضح جنس الثمن وهو كونه ذهبا وفضة ، وبقى نسبة أحدهما الـــى الآخر مجهولة وجهالة الثمن تبطل عقد البيع للنهى عن بيع الغـــرر، أى عن بيع دخله الغرر فى الثمن أو المثمون .

(٨) سقطت كلمة (ذهب) من نسخة ((ب)) .

(٩) حيث لا يصح ذلك العقد .
بجامع جهالة الاقتضاء فى كل من الاصل وهو مالو باعه بألف شـــئ منـه ذهب وباقيه فضة ، والفرع وهو مالو باعه بألف مثقال ذهب وفضـــــة ، ولما كان حكم الاصل هو بطلان البيع فى قوله : بعتك بألف شئ منـــه ذهب وباقيه فضة ، كان حكم الفرع كذلك فيبطل البيع : بألف مثقـــال ذهب وفضة أيضا لذلك .

(١٠) أى فيحمل على المناصفة ، فيكون نصف الثمن ذهبا ونصفه فضة ، فتنتفـــى الجهالة فيه .

(١١) فانه لو اقر لشخص بذهب وفضة لزمه التسوية بينهما فى الدفع.

قلنـــا : لا يقتضي ذلك ، بل يحتمل التساوى والتفاضل ، ولهذا لو قـــال : جاء نى الرجال والنساء ، لم يقتض (١٢) التساوى من الجنسين ، والاقرار لا نســـلم (١٣) ، بل يرجع الى تفسيره (١٤) .

قالوا : اذا احتمل العقد الصحة والفساد ، حمل على الصحة ، كما لو قال : بعتك نصف هذا العبد المشترك (١٥) .

قلنـا : يبطل بالمسألة قبلها (١٦) ، فانه يحتمل الصحة ، ثم لم يحمل عليها .

---

(١٢) فى نسخة ((ب)) : لم يقتضى . / باثبات الياء ، والصواب حذفها .

(١٣) أى لا نسلم انه اذا اقر بأن لمعطيه ذهبا وفضة يرجع الى التسوية بينهما فيه .

(١٤) المنهاج ص ٦٧ : ويصح الاقرار بالمجهول ، فاذا قال : له على شـــئ . قبل تفسيره بكل ما يتمول وان قل ، ولو فسره بما لا يتمول ولكنه من جنســـه كحبة حنطة أو بما يحل اقتناؤه ككلب معلم وسرجين ، قبل فى الاصح . أهـ .

(١٥) حيث احتمل الصحة لانه باع نصيبه منه ، واحتمل الفساد لانه تصـــرف فى حق شريكه .
والجامع فى القياس المذكور هو احتمال العقد للصحة والفساد فى كـــل ، اما الاصل فهو مالو قال : بعتك نصف هذا العبد المشترك ، واما الفرع فهو مالو قال بعتك بألف مثقال ذهبا وفضة .
ولما كان حكم الاصل هو حمل العقد على الصحة فى بيع العبد المشترك ، كان حكم الفرع كذلك فيحمل البيع بألف مثقال ذهبا وفضة على الصحـــة أيضا لذلك .

(١٦) يعنى : اذا قال : بعتك من هذه الدار عشرة اذرع وهى مائة ذراع ، صح البيع فى عشرة .
والمقصود : ان المسألة التى قبلها كهذه تحتمل الصحة والفساد ، ولم يحملوها على الصحة هناك ، وحملوها عليها هنا فتناقضوا .

ويخالف ماقاسوا عليه (١٧) ، فان الظاهر أنه لا يبيع الا مايملك (١٨) ، وليس هاهنا (١٩) مايقتضى النصف من كل واحد منهما (٢٠) .

* مسألة (٨٢) : لا يصح بيع (١) الصبى (٢) . ١٤٦/ى .

---

(١٧) وهو مالو قال : بعتك نصف هذا العبد المشترك .

(١٨) أى فلا يحتمل الفساد ، لانه تصرف مشروع وليس من العادة أن يسأل المشترى البائع هل هذه السلعة ملكه أم لا ؟ لان الظاهر أنها ملكه .

(١٩) أى فى قوله : بعتك بألف ذهبا وفضة .

(٢٠) أى ففارق الاصل الفرع فى قياسهم ، والقياس مع الفارق باطل .

(١) من اضافة المصدر الى فاعله ، والمعنى : لا ينعقد البيع اذا كان البائع صبيا .

(٢) أى مطلقا مميزا وغيره، ماذون له أم لا .

أنظر المنهاج ص ٤٤ . الوجيز جـ١ ص ١٣٣ : وشرطه التكليف فلاعبارة لصبى ولا مجنون باذن الولى ودون اذنه . أهـ . وعبارة المنهاج : وشرطه الرشد . أهـ

وفى المجموع جـ٩ ص ١٤٢ : واما الصبى فلا يصح بيعه ولا شراؤه ولا اجارته وسائر عقوده لا لنفسه ولا لغيره سواء باع بغبن أو بغبطة ، وسواء كان مميزا أو غيره وسواء باذن الولى أو بغير اذنه . . . ولا خلاف فى شئ مما ذكرته عندنا . أهـ .

وهو قول المالكية : الشرح الصغير جـ٢ ص٤ والبلغة عليه : وفساد البيع يكون لامور منها مايرجع الى المتعاقدين ، مثل أن يكونا أو احدهما ممن لا يصح عقده ، كالصغير والمجنون .

وقول ابن بزيزة : لم يختلف العلماء - أى المالكيون منهم - أن بيع الصغير والمجنون باطل لعدم التمييز . أهـ . وأنظر الجواهر جـ٢ ص٢ . شرح المنح جـ٢ ص٤٦٥ و ص٤٦٦ .

وقال أبو حنيفة : يصح (٣) اذا اذن له (٤) .

لنا : هو انه غير مكلف ،فأشبه المجنون (٥) ، ولان من لا يصح طلاقه لم يصح بيعه كالمجنون (٦) . ولانه تصرف لا ينفذ منه بنفسه (٧) ، فلا ينفذ منه (٨)

= وبعدم صحة بيعه يقول ابن حزم ،المحلى جـ٩ ص ٦٣٥ : ولا يحل بيع من لم يبلغ الا فيما لابد له منه ضرورة كطعام لاكله وثوب يطرد البرد والحر وما جرى هذا المجرى اذا اغفله أهل محلته وضيعوه .أهـ .

(٣) الهداية جـ٨ ص ١٨٦ فى كتاب الحجر. التبيين جـ٥ ص ١٩١ . مجمع الانهر جـ٢ ص ٤٣٧ .
وذهب الحنابلة الى صحة بيع الصغير غير المميز فى الشئ اليسير كرغيف خبز وحزمة بقل وان لم يأذن الولى بها ، واما المميز فلا يصح بيعه الا أن يأذن له الولى فيصح وان فى الشئ الكثير.
أنظر : شرح المنتهى جـ٢ ص ١٤١ . كشاف القناع جـ٣ ص ١٤٠ . وذكر فى المغنى جـ٤ ص ١٨٥ ، رواية آخرى انه لا يصح بيعه حتى يبلغ.

(٤) سقط قوله (اذا اذن له) من نسخة ((ب)) . / والصواب اثباتها .

(٥) حيث لا يصح بيعه ولا شراؤه .
بجامع عدم التكليف فى كل من الاصل وهو المجنون والفرع وهو الصبى ، ولما كان حكم الاصل بطلان بيع المجنون كان حكم الفرع كذلك فيبطل بيع الصبى أيضا لذلك .

(٦) حيث لا يصح بيعه .
بجامع عدم صحة طلاقه فى كل من الاصل وهو المجنون ،والفرع وهو الصبى ، ولما كان حكم الاصل عدم صحة بيع المجنون ،كان حكم الفرع كذلك فلا يصح بيع الصبى أيضا لذلك .

(٧) فى نسخة ((ب)) : ولانه تصرف ممن لا ينفذ منه بيعه .

(٨) سقط لفظ (منه) من نسخة ((ب)) .

باذن الولي ،كالطلاق.[٩] أو تصرف يملك[١٠] بالبلوغ ،فلا يملكه قبله بالاذن ،
كالطلاق ،وحجة الاسلام ،والشهادة.[١١]
قالوا : ذاك[١٢] لا يملكه[١٣] الولي ،فلا يملكه باذنه.[١٤]

---

(٩) حيث لا ينفذ باذن ولي الصبي لانه تصرف يشتمل على ضرر محض لا نفع له فيه كهبته وصدقته.
بجامع انه تصرف لا ينفذ منه بنفسه في كل من الاصل وهو طلاق الصغير والفرع وهو بيعه.
ولما كان حكم الاصل هو عدم نفاذ طلاق الصغير باذن الولي ،كان حكم الفرع كذلك فلا ينفذ بيعه باذن الولي أيضا لذلك.

(١٠) رسمها في الاصل (يملكه) فلعل الناسخ شك فيها فكتبها بصيغة محتملة للوجهين ، وفي نسخة ((ب)) : يملكه .

(١١) حيث لا يقع طلاقه ولا حجه عن الفرض ولا تصح شهادته وان اذن له الولي بذلك .
بجامع انه تصرف يملك بالبلوغ في كل من الاصل وهو طلاق الصغير وحجة الاسلام والشهادة ، والفرع وهو بيع الصغير.
ولما كان حكم الاصل هو عدم صحة طلاق الصغير وحجه الفرض وشهادته قبل البلوغ وان اذن الولي كان حكم الفرع كذلك فلا يصح بيع الصغير وان اذن له الولي أيضا لذلك .

(١٢) أي طلاق الصغير وحجه الفرض وشهادته .

(١٣) سقط حرف النفي (لا) من نسخة ((ب)) .

(١٤) لانه لا يملك فعله بنفسه فلا يملك الاذن به لغيره .

قيـــل : نكاح المكاتب لا يملكه السيد[١٥] ثم يملكه باذنه ، وبيع الرهن لا يملكه المرتهن[١٦] ثم يملكه باذنه[١٧] ولانه لو ملك[١٨] باذن الولي ما يملكه الولي[١٩]، لملك مـــالا يملكه الولي بنفسه[٢٠]، [٢١] كالعبد في الطلاق[٢٢].

---

(١٥) أي أن السيد لا يملك انكاح المكاتب لضعف سلطته عليه بالمكاتبة ولكنـــه يملك انكاحه اذا اذن له المكاتب.

(١٦) وهو صاحب الدين ، ان كان الرهن في دين .

(١٧) أي باذن الراهن ، وهو المدين ، وانما لم يملك المرتهن بيع المـــــال المرهون لضعف سلطته عليه ، لان حقه يتعلق ببعض المرهون ، فيكون متصرفا في الباقي بغير حق ، فيمنع.

ومراد المصنف: نفي الفارق الذي ذكروه في قياسه منع بيع الصبي وان اذن له الولي على طلاق الصبي وحجة فرضه وشهادته حيث لا تصح منه وان اذن لـــه الولي ، ففرقوا بين الاصل والفرع فيه بان هذه الثلاثة لا يملك الولي فعلهـــا عنه بنفسه فلا يملك الاذن له بها .

فأبطل المصنف هذا الفارق بنكاح المكاتب حيث لا يملكه السيد بنفسه ويملكه باذن المكاتب ، وبالرهن حيث لا يبيعه المرتهن ولكنه يبيعه اذا اذن لـــه الراهن .

(١٨) أي المولى عليه وهو الصبي .

(١٩) أي ما يملك الولي فعله بنفسه .

(٢٠) في نسخة ((ب)) : مالا يملك .

(٢١) كما في الطلاق وحجة الاسلام والشهادة ، فان الولي لا يملك فعلها لـــه بنفسه ، فاذا قلنا ان المولى عليه يفعلها باذن الولي لكان المولى عليـــه مالكا لفعل لا يملكه الولي وهذا خلاف معنى الولاية اذ هي للقيام بما لا يمكن المولى عليه القيام به لقصورة .

(٢٢) فانه يملك مالا يملكه السيد بنفسه ، وهو الطلاق ، لان الطلاق لمن أخـــذ بالساق ، وهو الزوج .

=

فان احتجوا : بقوله تعالى (٢٣) (وابتلوا اليتامى) (٢٤) .

قلنا : يمكن الابتلاء من غير عقد ، بان يراوض ويقرر (٢٥) ، ولانه (٢٦) حجة لنا فانه قال : (حتى اذا بلغوا النكاح (٢٧) فان آنستم منهم رشدا فادفعوا اليهم أموالهم) فشرط البلوغ في دفع المال (٢٨) .

= أي والحال انه لا يصح ان نملك الصبي مالا يملكه الولي بنفسه ، فصح انه لا يملك باذن الولي ما يملكه الولي ، وهو البيع.

(٢٣) في نسخة ((ب)) : بقوله عز وجل .

(٢٤) النساء ، آية/٦ وتمام الآية (وابتلوا اليتامى حتى اذا بلغوا النكاح فان آنستم منهم رشدا فادفعوا اليهم أموالهم ولا تأكلوها اسرافا وبدارا أن يكبروا) الآية .

ومحل الشاهد في الاية : هو قوله (وابتلوا) اختبروا قدرتهم في التعامل بيعا وشراء ونحو ذلك فاذا تبين لكم صلاحيته للقيام بتلك العقود فادفعوا اليه ماله ليتولى ذلك بنفسه فدل على صحة بيعه اذ لولاه لبطل معنى الابتلاء في الاية .

وهذا ما يسميه الفقهاء ببيع الاختبار : وهو الذي يمتحنه به الولي ليستبين رشده عند مناهزة الاحتلام . أنظر المجموع جـ٩ ص ١٤٢ .

(٢٥) في نسخة ((ب)) : بان نراوض ونقدر . // أي بان يفوض الولي اليه المساومة وتدبير العقد ، فاذا انتهى الامر الى العقد اتى به الولي . أنظر المجموع : جـ٩ ص ١٤٢ .

(٢٦) أي قوله (وابتلوا اليتامى) .

(٢٧) لم يذكر في نسخة ((ب)) : قوله تعالى (حتى اذا بلغوا النكاح) .

(٢٨) أي . فكأن الاية منعت صحة بيع الصبي بدلالة الاشارة ، وذلك باشتراط الرشد في دفع المال الذي به تتم العقود .

قالوا : روى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال لعمر بن أبى سلمة : (٢٩) (ياغلام زوج امك) (٣٠) .

قلـــنا : قد يقال للبالغ غلام (٣١) .

قالوا : يعقل البيع كالبالغ (٣٢) .

---

(٢٩) هو عمر بن أبى سلمة بن عبد الاسد ، ربيب النبى صلى الله عليه وسلم ، أمه أم سلمة أم المؤمنين ولد فى الحبشة فى السنة الثانية من النبوة ، وقيل قبل ذلك . ولى البحرين زمن على وكان قد شهد معه وقعة الجمل ووهم من قال انه قتل فيها ، مات بالمدينة سنة ٨٣ فى خلافة عبد الملك بن مروان . أنظر الاصابة جـ٢ ص٥١٩ .

(٣٠) والشاهد : أن مولاه عقد النكاح مع كونه غلاما وهو من دون البلوغ . أنظر المفردات ص ٣٦٤ .

والحديث رواه البيهقى جـ٧ ص ١٣١ كتاب النكاح باب الابن يزوجها اذا كان عصبة لها بغير البنوة . بعد ذكر موت زوجها وخطبة رسول الله صلى الله عليه وسلم اياها فقال : فقالت لابنها : ياعمر قم فزوج رسول الله صلى الله عليه وسلم فزوجه . أهـ فجعله من كلامها هى ، ولم يذكر لفظة : (ياغلام) .

(٣١) فى المفردات ص ٣٦٤ : الغلام : الطار الشارب ـ أى نابته ـ يقال : غلام بين الغلومة والغلومية . أهـ .

وفى القاموس جـ٤ ص ١٥٧ : والغلام الطار الشارب والكهل ، ضد ـ أى هو من الاضداد ـ أو من حين يولد الى أن يشب . . . والشاب ـ أى ويطلق على الشاب ـ العريض المفرق الكثير الشعر . أهـ .

وفى المصباح جـ٢ ص١٠٥ : ويطلق الغلام على الرجل مجازا باسم ماكان عليه ، كما يقال للصغير شيخ مجازا باسم مايؤول اليه . أهـ .

(٣٢) حيث يصح بيعه قطعا .

بجامع تحقق العقل فى كل من الاصل وهو البالغ والفرع وهو الصبى .

ولما كان حكم الاصل صحة بيع البالغ كان حكم الفرع صحة بيع الصبى أيضا لذلك .

قلـــنا : يعقل الطلاق (٣٣) ولا يصح منه (٣٤)، والبالغ مكلف ولهذا يصح منـــه، وان لم يعقل وهو السكران ولهذا يصح منه (٣٥) من غير اذن (٣٦)، وهذا بخلافه (٣٧).

قالوا : حجر عليه (٣٨) مع التمييز ، فارتفع بالاذن ، كالعبد (٣٩).

قلـــنا : يبطل بحجر المريض (٤٠)، والعبد منع لحق الغير (٤١)، ولهـــذا

---

(٣٣) أي يفهم معناه ويدرك مآله وما يترتب عليه من الضرر وغيره .

(٣٤) سقط لفظ (منه) من الاصل .

(٣٥) أي يصح الطلاق من البالغ وان لم يعقل معناه ، وهو فيما لو كـــان سكرانا .

وفي الاصل : وكان لم يعقل ./ وهو خطأ من الناسخ .

(٣٦) أي من غير اذن أحد ، لانه بالغ لا تقف تصرفاته على اذن غيره .

(٣٧) أي الصبي بخلاف البالغ ، لتوقف تصرفات الاول على اذن الولـــي ولا كذلك الثاني .

وباثبات الفارق المذكور يبطل قياسهم .

(٣٨) على صيغة مالم يسم فاعله ، والحجر هو المنع من التصرف ، من بـــاب قتل ، فهو محجور عليه . أنظر المصباح جـ١ ص ١٣٢ .

(٣٩) حيث يرتفع منعه من التصرف بالاذن له فيه .

بجامع الحجر عليه مع التمييز في كل من الاصل وهو العبد ، والفرع وهـــو الصبي ،

ولما كان حكم الاصل هو صحة تصرف العبد باذن السيد ، كان حكم الفرع كذلك فيصح تصرف الصبي باذن الولي أيضا لذلك .

(٤٠) أي مرض الموت .

فانه اذا حجر على المريض لم يرتفع عنه الحجر بالاذن له ، لعدم أهليتـــه لمباشرة التصرفات بنفسه حال مرضه ، وكذلك الصغير وان اذن له المولـــى فان ذلك لا يجعله أهلا لمباشرة البيع لبقاء المانع . وهو عدم الرشد ، مع الاذن .

(٤١) وهو السيد ، اذ لو تصرف ونتج عن ذلك التصرف ضمان ، فان ضمانـــه =

ينفذ تصرفه (٤٢) في خالص حقه (٤٣)، ولهذا يحتاج في ذلك المال الى الاذن بعد العتق (٤٤)، والصبي منع لصباه (٤٥)، (٤٦) ولهذا لا ينفذ تصرفه في خالص حقه (٤٧)، ولا يحتاج الى الاذن بعد البلوغ. (٤٨)

= يكون من مال السيد ، واذا اذن له السيد فانه يكون قد تصرف في شيء هو من حقه فيرتفع به الحجر عن العبد .

(٤٢) أي العبد .

(٤٣) أي في الامور التي هي من شأنه خاصة دون السيد . كالطلاق ونحوه . فدل ذلك على أن منع العبد من التصرف انما هو لامر خارج عنه وهو تعلق حق السيد فيه ، لا لذاته ، لان فيه أهلية التصرف فاذا اذن له السيد فقد زال المانع فيصح تصرف العبد بعده .
ولا كذلك الصبي . كما سيذكره المصنف قريبا .

(٤٤) أي فدل على أن المنع من التصرف قبل العتق لم يكن بسبب رقه بل لتعلق حق الغير في ذلك المال ، لانه اذا اعتق فانه يحتاج أيضا الى الاذن في التصرف في مال الغير فثبت ان منعه من التصرف انما كان لامر خارج عن ذات العبد لا لذاته .

(٤٥) أي من التصرف في العقود .

(٤٦) أي لعلة الصبا فيه ، وهي متعلقة بذاته لا تزول بالاذن له في التصرف من الولي بدليل ما سيذكره المصنف بعده .

(٤٧) أي في بيعه وشرائه ونكاحه وطلاقه ونحو ذلك .

(٤٨) أي وبه يثبت الفارق بين العبد وهو الاصل المقيس عليه وبين الصبي وهو الفرع المقيس في قياسهم ، والقياس مع الفارق باطل .

قالوا : تصح منه العبادات ، فهو كالبالغ .(٤٩)

قلنا : هذا(٥٠) لا يدل على صحة البيع ، كما لا يدل على صحة الطلاق(٥١) ،

ولان العبادات تكليف يشق(٥٢) ، فاحتيج الى التمرين فى حال الصغر، والبيع

لا يحتاج الى التمرين .(٥٣)

* مسألة (٨٣) : اذا فرق بين الوالدة وولدها فى البيع بطل .(١) /١٤٦ ى ،

---

(٤٩) حيث يصح منه البيع قطعا .

بجامع صحة العبادات من كل ، اما الاصل فهو البالغ ، واما الفرع فهو الصبى .

ولما كان حكم الاصل هو صحة بيع البالغ ، كان حكم الفرع كذلك فيصح بيع الصبى أيضا لذلك .

(٥٠) أى صحة العبادات منه .

(٥١) فى الاصل : على الطلاق . / وكان الناسخ قد كتبها هكذا : على صحة الطلاق .

ثم ضرب على كلمة (صحة) . والاولى اثباتها للاستغناء به عن تقديرها .

والمقصود : ان صحة العبادات من الصغير لا تدل على صحة بيعه عندنا كما لا تدل على صحة طلاقه عندنا ، أنظر المنهاج ص١٠٦ وعندكم أنظر التبيين جـ٢ ص١٩٤ .

فاذا اردتم جعل صحة عباداته دليلا على صحة بيعه فاجعلوا ذلك دليلا على صحة طلاقه أيضا والا فقد تناقضتم .

(٥٢) أى يصعب فعلها والالتزام بها .

(٥٣) لانتفاء المشقة والصعوبة منه .

أى وهذا فارق بين الاصل والفرع فى قياسهم الصبى على البالغ لصحة العبادات من كل ، والقياس مع الفارق باطل .

(١) محل الوفاق فى هذه المسألة : هو ما اذا باعه قبل رضاع اللبأ فلا يصح البيع بلا خلاف ، ومحل الخلاف : فيما قبل التمييز وفيما قبل البلوغ أيضا =

وقال أبو حنيفة : لا يبطل.(٢)

لنـــا : انه تفريق محرم في البيع(٣) ، فأشبه التفريق بينهما وهو حمـــل(٤) ،

= أنظر المجموع جـ٩ص٣٥٤ . وبطلان البيع هنا هو أظهر القولين . أنظـــر المنهاج ص٤٧ . الوجيز جـ١ ص١٣٩ وقد ذكر القولين ولم يرجح . ونـــص في المجموع جـ٩ ص ٣٥٤ على أن الاصح بطلانه وانه الجديد من قولـــي الشافعي . هذا في التفريق بين الام والولد واما بينه وبين سائر المحـــارم ففيه قولان ،
وذهب الحنابلة الى تحريم التفريق بين كل ذي رحم محرم . وابطلوا البيـــع بالتفريق بينهما قبل البلوغ . أنظر شرح المنتهى جـ٢ ص١٨٠ . كشـــاف القناع جـ٣ ص٢١٣ . المغني جـ٤ ص٢٠٠ .
وذهب المالكية الى تحريم التفريق بين الام وولدها فقط مالم يثغر الولـــد الا أن ترضى الام بالتفريق . أنظر الشرح الصغير جـ٢ ص٣٤ . الجواهـــر جـ٢ ص٢٤ .

(٢) أي ويكره ، خلافا لابي يوسف في احدى الروايتين عنه انه يبطل اذا كـــان بينهما ولادة فقط كما في مسألتنا لا مطلق القرابة . والثانية يبطل مطلقا . ومحل الكراهة عندهم : اذا كان بينهما رحم محرم والا لم يحرم ولا يكـــره . أنظر الهداية جـ٦ ص١١٢ . التبيين جـ٤ ص٦٩ . مجمع الانهر جـ٢ ص٧٠ .
وذهب ابن حزم الى صحة البيع مع اجبار البائع والمشتري على ابقاء الولـــد مع الام حتى يكبر ويستغني عنها ، نص على ذلك في الحيوان كله . أنظـــر المحلى جـ٩ ص٤٨٧ .

(٣) لما روى أبو أيوب مرفوعا : من فرق بين الوالدة وولدها فرق الله بينه وبـــين أحبته يوم القيامة . أهـ رواه الترمذي جـ٣ ص٥٨٠ باب ماجاء في كراهيـــة الفرق بين الاخوين أو بين الوالدة وولدها في البيع، رقم/١٢٨٣ ثـــم قال : هذا حديث حسن غريب . أهـ

(٤) بان يشتري الامة ويستثني حملها . أو يشتريه وهو حمل دونها ، أو يشترط =

أو فرق (٥) بينهما في حال غذاه منها ، فأشبه ماذكرنا (٦).

قالوا : كل شخصين صح التفريق بينهما في الفسخ ، صح في البيع ، كالاخوين (٧).

= شراءها مع حملها كل ذلك لا يصح : للجهالة والغرر.
والصحيح في هذا البيع ان يشترى الامة ويكون ولدها تبعا لها في البيع .
والجامع في القياس المذكور هو انه تفريق محرم في كل من الاصل وهو مالو فرق بين الامة وحملها في البيع، والفرع وهو مالو فرق بينها وبين ولدها فيه .
ولما كان حكم الاصل هو بطلان العقد بالتفريق بين الامة وحملها ، كان حكم الفرع كذلك فيبطل العقد بالتفريق بينها وبين ولدها أيضا لذلك .

(٥) سقط قوله (أو فرق بينهما في حال غذائه منها ، فأشبه ماذكرنا) من نسخة ((ب)) .

(٦) وهو قياسه على التفريق بينهما وهو حمل .
والجامع في هذا القياس هو التفريق بينهما في حال كون غذاء الولد منها في كل من الاصل وهو مالو فرق بين الامة وابنها وهو حمل والفرع وهو مالو فرق بينهما وهو مولود ، ولما كان حكم الاصل هو بطلان العقد بالتفريق بين الامة وحملها كان حكم الفرع كذلك فيبطل العقد بالتفريق بينهما وبين ولدها أيضا لذلك .

(٧) حيث يصح التفريق بينهما بفسخ البيع في احدهما بالعيب فيه .
بجامع جواز التفريق بينهما بالفسخ في كل من الاصل وهو الاخوان والفرع وهو الام وولدها ولما كان حكم الاصل هو صحة التفريق بين الاخوين بالبيع لجوازه في الفسخ كان حكم الفرع كذلك فيجوز التفريق بين الام وولدها بالبيع أيضا لذلك .

قلـــنا : التفريق في الفسخ لا يحرم ويحرم في العقد (٨) ، والاخوان لا بعضية بينهما (٩) ، ولهذا لو اشترى أحدهما الآخر وهو (١٠) مكاتب جاز أن ينفرد عنـــه في الكتابة (١١) ، ولا يجوز في الوالدة والولد (١٢) .

* مســألة (٨٤) : يجوز التفريق بينهما بعد سبع سنين في أحد القولين (١) . ١٤٦/ش

---

(٨) لان في الفسخ دفع ضرر العيب عن المشترى ادخله عليه البائع ، فكـــان التفريق جائزا لان فيه تحصيل غرض صحيح .
واما العقد ففيه ادخال للضرر على الام وولدها بتفريقهما ، ولا ضرر علـــى البائع في بيعهما معا أو امساكهما معا . فامتنع التفريق بينهما لذلك .

(٩) أى بخلاف الام وولدها ، فلا يصح قياس الام وولدها عليهما للفـــارق المذكور .

(١٠) أى أحد الاخوين .

(١١) زاد في نسخة ((ب)) : كأن يبيعه أخوه المكاتب .

(١٢) في الاصل : في الوالد والولد .
وسبب جوازه في الاخوين دون الام وولدها هو انعدام البعضية فـــى الاخوين دونها .

(١) أى مع الكراهة ، وهو اظهر القولين ، والثاني يحرم حتى يبلغ الولـــد .
وأما بعد البلوغ فيكره بلا خلاف .
أنظر المجموع جـ٩ ص ٣٥٥ . فتح العزيز جـ٨ ص٢٢٧ . المنهاج ص٤٧ .
وهو قول المالكية ، لانهم خصوا التحريم بما قبل الاثغار وهو وقت ســـقوط الاسنان الرواضع وهو سن التمييز ويقع في السابعة أو الثامنة .
أنظر الشرح الصغير جـ٢ ص ٣٤ . الجواهر جـ٢ص٢٤ . القوانين ص٢٨ .
ويشبه أن يكون هذا قول ابن حزم . أنظر المحلى جـ٩ ص٤٨٧ .

وقال أبو حنيفة : لا يجوز قبل البلوغ.[٢]

لنا : هو[٣] انه حالة يستغنى فيها الولد عن الوالدة ،فأشبه مابعد البلوغ .[٤]

قالوا : حالة قبل البلوغ ،فأشبه ماقبل ذلك.[٥]

قلنا : هناك[٦] يحتاج الى الحفظ والحضانة ،وبعدها لا يحتاج .[٧]

---

(٢) الهداية جـ٦ ص١١٢ . التبيين جـ٤ ص٦٩ . مجمع الانهر جـ٢ ص٧١ .

وذهب الحنابلة الى تحريم التفريق بينهما مطلقا قبل البلوغ وبعده

أنظر شرح المنتهى جـ٢ ص١٨٠ .

وفى رواية يجوز بعد البلوغ ذكرها كل من المحرر جـ١ ص٣١٢

والمغنى جـ٤ ص٢٠١ وصححها ابن قدامة .

(٣) سقط لفظ (هو) من نسخة((ب)) .

(٤) حيث يجوز التفريق بينهما اذن .

بجامع الاستغناء عن الوالدة فى كل من الاصل وهو الولد البالغ والفرع وهو ماقبل البلوغ .

ولما كان حكم الاصل هو جواز بيع الولد البالغ كان حكم الفرع كذلك فيجوز بيعه قبل البلوغ اذا كان مميزا أيضا لذلك .

(٥) أى ماقبل التمييز ، حيث لا يجوز قطعا .

بجامع ان كلا حالةقبل البلوغ ، اما الاصل فهو الولد قبل التمييز،وأما الفرع فهو الولد بعد التمييز وقبل البلوغ .

ولما كان حكم الاصل تحريم بيع الولد قبل التمييز كان حكم الفرع كذلك فلا يجوز قبل البلوغ وان كان مميزا أيضا لذلك .

(٦) أى قبل التمييز وهو ماقبل السابعة .

(٧) أى فهذا فارق بين الاصل والفرع فى قياسهم تحريم بيع الولد بعد التمييز عليه قبله ،ولا قياس مع الفارق .

* مســـألة (٨٥) : يجوز التفريق بين الاخوين (١) ١٤٦/٠ش.

وقال أبو حنيفة : لا يجوز. (٢)

لنـــا : انه قرابة لا ترد بها الشهادة ، فأشبه قرابة ابن العم. (٣)

قالوا : روى أن عليا (٤) فرق بين اخوين ، فقال (٥) له النـــــبى

---

(١) أى فى أحد القولين : الوجيز جـ٢ ص١٩١ كتاب السير : وهل يتعدى التحريم - أى تحريم التفريق بين الام وولدها - الى سائر المحارم ، قولان . أهـ وأنظر الام جـ٤ ص ٢٧٤ . القليوبى جـ٢ ص ١٨٥ . ولم يذكرا فيه خلافا . وهو قول المالكية فقد قصروا التحريم فيه على الوالدة وولدها . أنظر الشرح الصغير جـ٢ ص٣٤ . الجواهر جـ٢ص ١٤ . شرح المنح جـ٢ ص ٥٦٥ . ولعله قول ابن حزم ، ففى المحلى جـ٩ ص٤٨٧ : وجائز بيع الصغار من جميع الحيوان حين تولد ويجبر كلاهما على تركها مع الامهات الى أن يعيش دونها عيشا لا ضرر فيه عليها . أهـ فلم يعد الحكم الى غيرها .

(٢) لانهما ذوا رحم محرم ومحله مالم يبلغا . أنظر الهداية جـ٦ ص٨٠ وص١١٢ التبيين جـ٤ ص ٦٨-٦٩ مجمع الانهر جـ٢ ص٧٠ وص٧١ . وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى جـ٢ ص ١٨٠ - كشاف القناع جـ٣ ص٢١٣ . المغنى جـ٤ ص٢٠٠ .

(٣) حيث يجوز التفريق بينهما .
بجامع ان كلا قرابة لا ترد بها الشهادة ، اما الاصل فهو قرابة ابن العم واما الفرع فهو قرابة الاخوين .
ولما كان حكم الاصل جواز التفريق بين ابناء الاعمام لصحة شهادة بعضهم لبعض كان حكم الفرع كذلك فيجوز التفريق بين الاخوين لصحة شـــهادة بعضهم لبعض أيضا لذلك .

(٤) هو ابن أبى طالب . أنظر ترجمته فى المسألة رقم (٤٠) هامش (١١) .

(٥) سقط لفظ (له) من الاصل .

صلى الله عليه وسلم : ادركهما وارتجعهما ولا تفرق بينهما.(٦)

قلنا : لعله أمره بذلك على سبيل الاستحباب ، ولهذا أمر بالارتجاع وذلك لا يجب بعد العقد ،(٧)

قالوا : قرابة تحرم(٨) بها المناكحة ، فأشبه الولادة.(٩)

---

(٦) رواه ابن ماجه جـ٢ص٧٥٦ كتاب التجارات ، باب النهى عن التفريق بين السبى ، رقم / ٢٢٤٩ ولفظه : عن على قال : وهب لى رسول الله صلى الله عليه وسلم غلامين اخوين فبعت احدهما ، فقال : مافعل الغلامان.؟ قلت : بعت احدهما . قال : رده . أهـ .

ورواه الترمذى جـ٣ ص ٥٨١ باب ماجاء فى كراهية الفرق بين الاخوين أو بين الوالدة وولدها فى البيع . رقم / ١٢٨٤ وقال : هذا حديث حسن غريب . أهـ .

قال النووى معقبا على تحسين الترمذى : وليس بمقبول منه ، ولان مداره على الحجاج بن أرطأة ولانه مرسل ، فان ميمون بن أبى شبيب لم يدرك عليا رضى الله عنه ، وقد ضعف البيهقى هذا الحديث . أهـ . المجموع: جـ٩ ص ٣٥٦ .

(٧) لان العقد وقع من أهله فى محله .

(٨) فى نسخة ((ب)) : تحكم بها . / وهو تحريف.

(٩) فى نسخة ((ب)) : الولد . / والمقصود بالولادة صلتها أى فأشبه مالو كان بينهما ولادة كالاباء وان علوا والابناء وان نزلوا حيث لا يجوز التفريق بينهما .

والجامع فى القياس المذكور هو انها قرابة يحرم بها النكاح فى كل من الاصل وهو قرابة الولادة ، والفرع وهو قرابة الاخوين .

ولما كان حكم الاصل هو تحريم التفريق بين الاباء والابناء للقرابة المحرمة للنكاح ، كان حكم الفرع كذلك فيحرم التفريق بين الاخوين للقرابة المذكورة أيضا .

قلـــنا : تلك القرابة ترد بها الشهادة (١٠) ، وتجب بها النفقة مـــــع اختلاف الدين (١١) ، وتحرم بها منكوحة احدهما على الاخر (١٢) ، بخلاف هذه (١٣).

---

(١٠) فلا تصح شهادة الاصول للفروع ولا الفروع للاصول للتهمة .

(١١) فيجب على الابن النفقة على أبويه وان كانا كافرين .

(١٢) فلا يحل للولد نكاح امرأة الاب ولا يحل للاب نكاح امرأة الابن .

(١٣) أى قرابة الاخوين ، اذ تصح شهادة احدهما للاخر ولا تجب عليه النفقة لاخيه ولا يحرم عليه نكاح زوجة أخيه بعده .

وهذه فوارق يبطل بثبوتها قياسهم قرابة الاخوين على قرابة الولادة ، والقياس مع الفارق باطل .

(*)
" مســــائل الســــلم "

* مســــألة (٨٦) : يجوز الســــلم في المعدوم ٠/ ٣٦١ ش. (١)

(*) بفتح الاول والثانى ، ويقال له السلف بفتحتين أيضا ، والأول لغة أهــل الحجاز ، والثانى لغة أهل العراق . يقال : سلم وأسلم .

وهو بيع موصوف في الذمة . وقيل : هو أن يسلم عوضا حاضرا في عوض موصوف في الذمة الى اجل وانما سمى سلما لتسليم رأس المال في المجلس ، وسمى سلفا لتقديم رأس المال فيه .

وهو مشروع بالكتاب والسنة والاجماع والقياس.

اما الكتاب: فقوله تعالى (يأيها الذين آمنوا اذا تداينتم بدين الــى أجل مسمى فاكتبوه) سورة البقرة آية / ٢٨٢ .

عن ابن عباس رضي الله عنهما انه قال : اشهد ان السلف المضمون الــى أجل مسمى ، قد احله الله في كتابه ، واذن فيه ثم قرأ هذه الآية. رواه الشافعي في الام جـ٣ ص ٩٣ .

واما السنة فعن ابن عباس قال : قدم النبي صلى الله عليه وسلم المدينة وهم يسلفون بالتمر السنتين والثلاث، فقال : من اسلف في شئ ففي كيــــل معلوم ووزن معلوم الى اجل معلوم . أهـ

رواه البخارى جـ٢ ص٠٣ كتاب السلم ، باب السلم في وزن معلوم .

واما الاجماع فقال ابن المنذر : اجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم علــى أن السلم جائز.

وأما القياس: فان الثمن في البيع احد عوضي العقد ، فجاز ان يثبت فــــى الذمة كالثمن.

وأيضا فان أرباب الزروع والثمار والتجارات يحتاجون الى النفقة على أنفسهم وعليها لتكمل وقد تعوزهم النفقة فجوز لهم السلم ليرتفقوا ويرتفق المسلم بالاسترخاص.

ويشترط لصحته ما يشترط في البيع ، وزيادة ثلاثة شروط: ١-تسليم رأس المال في المجلس ٢- معرفة المقدار . ٣- التسليم في مكان العقد الا لعذر كما ذكر عميرة جـ٢ص٢٤٥ .

ثم آخذ الثمن في المجلس يسمى مسلما اليه . ومعطيه يسمى مسلما بكسر اللام ويسمى رب السلم ايضا . والثمن يسمى مسلما بفتح اللام والمبيع يسمى مسلما فيه ، وعملية البيع بينهما على جهة التأجيل في المثمون تسمى سلما .

أنظر مغنى المحتاج جـ٢ص١٠٢ . المغنى جـ٤ص٢٠٧ . القاموس جـ٤ص١٢٩ .

=

(١) أى حين عقد السلم لا عند حلول الاجل .

وقال أبو حنيفـــة : لا يجوز.(٢)

لنـــا : ماروى ابن عباس(٣) أن النبى صلى الله عليه وسلم دخل المدينة وهم يسلفون فى الثمر، السنة والسنتين والثلاث، فقال : (من أسلف فليسلف فى كيـــل معلوم ووزن معلوم(٤) واجل معلوم(٥)) ، ولم ينكر فعلهم ، بل اذن فيـــــــــــه

= الام جـ٣ ص ٩٦ ، مايجوز من السلف : ولا بأس أن يسلف الرجل فى الرطـــب قبل ان يطلع النخل الثمر اذا اشترط اجلا فى وقت يمكن فيه الرطب. أهـ.
الوجيز جـ١ ص ١٥٥ : ولا يضر الانقطاع قبله ـ أى وقت التسليم ـ ولا بعده . أهـ
المنهاج ص ٥٣ .
وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى جـ٢ ص ٢٢٠ . كشاف القناع جـ٣ ص ٢٩٠.
المغنى جـ٤ ص٢٢٢ .
واليه ذهب المالكية أيضا :
أنظر : الشرح الصغير جـ٢ ص ١٠٠ . الجواهر جـ٢ ص٧١ . شرح المنـــح جـ٣ ص ٢٩ .
وبه يقول ابن حزم : المحلى جـ١٠ ص٦١ .

(٢) أى يشترط أن يكون موجودا من حين العقد الى حين المحل أى وقـــت التسليم والا بان كان معدوما وقت العقد أو وقت المحل أو مابينهما ، لـــم يصح السلم .
أنظر الهداية جـ٦ ص ٢١٣ . التبيين جـ٤ ص١١٣ . مجمع الانهر جـ٢ ص ١٠٠ .

(٣) أنظر ترجمته فى المسألة رقم (٥٨) هامش (٥٣) .

(٤) سقط من نسخة ((ب)) قوله : ووزن معلوم .

(٥) رواه البخارى جـ٢ ص ٣٠ باب السلم فى وزن معلوم ، ولفظه عن ابن عبـــاس: قدم النبى صلى الله عليه وسلم وهم يسلفون بالتمر السنتين والثلاث. فقـــال : من اسلف فى شئ ففى كيل معلوم ووزن معلوم الى اجل معلوم. أهـ وفـــى رواية : فليسلف فى كيل معلوم ووزن معلوم الى أجل معلوم .
ورواه مسلم جـ٣ ص ١٢٢٧ كتاب المساقاة ، باب فى السلم ، رقم الحديث/ ١٢٧ =

واطلقه [٦] ، ولانه وقت لم يجعله المتعاقدان محلا للمسلم فيه [٧] ، فأشبه مابعد المحل [٨] ، ولانه عام الوجود [٩] في حال المحل [١٠] ، مضبوط بالصفة فأشبه

= ولفظه : قدم النبي صلى الله عليه وسلم المدينة وهم يسلفون في الثمار السنة والسنتين فقال : من اسلف في تمر فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم الى اجل معلوم . أهـ

ورواه أبو داود جـ٣ ص ٢٧٥ باب في السلف . رقم / ٣٤٦٣ .

والترمذي جـ٣ ص ٦٠٢ باب ماجاء في السلف في الطعام والتمر . رقم / ١٣١١ ثم قال : حديث ابن عباس حديث حسن صحيح . أهـ .

ورواه النسائي جـ٧ ص ٢٩٠ تحت عنوان : السلف في الثمار .

ورواه ابن ماجه جـ٢ ص ٧٦٥ باب في السلف في كيل معلوم ووزن معلوم الى أجل معلوم ، رقم . / ٢٢٨٠ .

ومحل الشاهد منه: هو انهم كانوا يسلفون السنة والسنتين والثلاث ، ولم يكن الثمر قد وجد بعد فدل على جوازه في المعدوم أي وقت العقد . وان اشترط وجوده عند المحل وهو وقت حلول الاجل وتسليم المسلم فيه .

(٦) أي من حيث الوجود والعدم من وقت العقد الى المحل .

(٧) سقط لفظ (فيه) من نسخة ((ب)) . / أي محلا لتسليم المسلم فيه .

(٨) بكسر الحاء المهملة أي وقت تسليمه . أنظر شرح المحلي جـ٢ ص٢٤٨ : حيث لا يشترط وجود المسلم فيه بعده .

بجامع انه وقت لم يجعله المتعاقدان محلا للمسلم فيه في كل من الاصل وهو مابعد وقت التسليم والفرع وهو ماقبل وقت التسليم .

ولما كان حكم الاصل جواز السلم وان كان المسلم فيه معدوما بعد وقت التسليم كان حكم الفرع كذلك فيجوز السلم وان كان المسلم فيه معدوما قبل وقت التسليم أيضا لذلك .

(٩) أي منتشر الوجود في الاسواق وغيرها ، احترازا من وجوده في محل معين أو عند اشخاص قلة لان ذلك يؤدي الى تعذر تسليم المسلم فيه لاحتمال امتناعهم عن بيعه أو اغلائهم في الثمن فوق العادة .

(١٠) أي وقت حلول الاجل للتسليم .

مالا ينقطع ،[(١١)] ولانه لو كان عدمه[(١٢)] يمنع الصحة ،لكان طارئه يبطل العقد ،كموت العبد[(١٣)] وهلاك الصبرة[(١٤)] .

قالوا : ما يتوهم معه[(١٥)] تعذر تسليم المعقود عليه فى محله يبطل السلم ، كما لو اسلم فى ثمرة نخلة بعينها[(١٦)] أو ذراع

---

(١١) حيث يجوز فيه السلم قطعا .
بجامع عموم الوجود وقت المحل والضبط بالصفة فى كل من الاصل وهو مالا ينقطع من المسلم فيه ،والفرع وهو ما ينقطع منه قبل التسليم .
ولما كان حكم الاصل صحة السلم فيما لا ينقطع منه كان حكم الفرع كذلك فيجوز السلم فيما ينقطع قبل التسليم أيضا لذلك .

(١٢) أى المسلم فيه .

(١٣) أى لكان اذا طرأ العدم على المسلم فيه بعد المحل وقبل التسليم مبطلا للعقد . والحال انه لا يبطله بل يتخير المسلم بين الفسخ والصبر حتى يوجد فى اظهر القولين . أنظر المنهاج ص ١٥٣ أى فصح ان عدمه لا يبطل العقد لذلك .

(١٤) وهى الكومة من الطعام ،وهى بضم المهملة فموحدة من تحت ساكنة وجمعها صبر ،كغرفة وغرف .
تقول : اشتريت الشئ صبرة أى بلا كيل ولا وزن . أنظر المصباح جـ١ ص٥٠٣ .
أى والحال ان طارئه لا يبطل العقد ، فصح ان عدمه قبل المحل ،لا يمنع من صحة العقد .

(١٥) فى نسخة ((ب)) : فيه .

(١٦) حيث يبطل السلم لتمكن الغرر فيه ،لاحتمال ان تتلف تلك النخلة فيتعذر التسليم ولا كذلك اذا لم يعينها واكتفى بتعيين الجنس أو النوع .
وقد روى ابن ماجه جـ٢ ص ٧٦٦ باب السلف فى كيل معلوم ووزن معلوم الى اجل معلوم رقم/ ٢٢٨١ عن عبد الله بن سلام قال جاء الى النبى صلى الله عليه وسلم فقال : ان بنى فلان اسلموا لقوم من اليهود وانهم قد =

رجـــل بعينـه .(١٧)

قلـــنا : هو كما قلتم ، فى المحل المشروط بالاصول(١٨) التى قسم عليهـــا(١٩) ،

واما فـــى غـير المشـــروط فلا(٢٠) ، ولهـذا يبطل السلم فيما ينقطـــع فـــى

المحل(٢١) ولا يبطل فيما ينقطع بعده(٢٢) ، وان تـوهم تأخير التســـــــــلم

= جاءوا ، فأخاف أن يرتدوا ، فقال النبى صلى الله عليه وسلم من عنده ؟ . فقـــال رجل من اليهود : عندى كذا وكذا (لشئ قد سماه) أراه قال ثلاثمائـــة دينار بسعر كذا وكذا من حائط بنى فلان . فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم بسعر كذا وكذا الى اجل كذا وكذا وليس من حائط بنى فلان . أهـ . قـــال فى الزوائد : فى اسناده الوليد بن مسلم ، وهو مدلس . أهـ

(١٧) يعنى أو فى مذروع بتقدير ذراع رجل بعينه .

وفى نسخة ((ب)) : رجل مجهول . / أنظر قولهم هذا فى التبيين جـ٤ ص١١٣ .

بجامع توهم تعذر تسليم المعقود عليه فى محله ، فى كل من الاصل وهـــو مالو اسلم فى ثمرة نخلة بعينها أو ذراع رجل بعينه ، والفرع وهو مالو اسلم فى معدوم وقت العقد .

ولما كان حكم الاصل هو بطلان الاسلام فى ثمرة نخلة بعينها أو ذراع رجـــل بعينه لاحتمال تلف النخلة وهلاك الرجل ، كان حكم الفرع كذلك فيبطـــل السلم فى المعدوم لعدم القدرة على التسليم أيضا لذلك .

(١٨) فى الاصل : المشروط الاصول . / والصواب اثبات الباء .

(١٩) يعنى قولهم : كما لو اسلم فى ثمرة نخلة بعينها أو ذراع رجل بعينه .

(٢٠) حيث يصح فيه السلم عند امكان التسليم فى المحل . وان انعدم قبله .

(٢١) لعدم القدرة على التسليم فى وقته .

(٢٢) أى بعد المحل .

لانه بالخيار فيه بين الصبر حتى يوجد المسلم فيه ، وبين الفسخ كما هـــو اظهر القولين .

أنظر المنهاج ص٥٣ . والثانى : ينفسخ كما لو تلف المبيع قبل القبض . والأول يجيب بان المسلم فيه متعلق بالذمة ، أى فلا يضر فيه تلف المعقود عليه قبـــل القبض . أنظر شرح المحلى جـ٢ ص٢٤٨ .

اليـــه ، [٢٣] ويبطل بما جهل فيه المحل المشروط [٢٤] ، ولا يبطل بما يجهل [٢٥] فيـــه المحل بالموت [٢٦] . ولان فيما قاسوا عليه ، [٢٧] الغرر لا تدعو الحاجة اليه ، وتدعـــوا الحاجة الى هذا الغرر [٢٨] لحاجتهم الى السلم فى المعدوم [٢٩] .

---

(٢٣) أى الى مابعد المحل .

(٢٤) حيث يبطل به السلم . لان معرفة الاجل شرط فيه . أنظر المنهاج ص٥٣ .

(٢٥) فى نسخة ((ب)) : بما جهل .

(٢٦) لان الموت طارئ لا يعرف له وقت فهو خارج عن ارادة المتعاقديـــن ، فلا يبطل السلم بالجهل بوقت حلول الموت .

والمقصود: ابطال ماجعلوه علة فى قياسهم السلم فى المعدوم على مالو اسلم فى ثمرة نخلة بعينها أو ذراع رجل بعينه ، لتخلف هذه العلة فـــى بعض الاحكام وتحققها فى أخرى ، وهذا مما يقدح فى صحة اعتبارهـــا علة للحكم . فان توهم عدم القدرة على التسليم فى المحل الذى جعلـــوه علة فى ابطال الاسلام فى ثمرة نخلة بعينها موجودة أيضا فيما ينقطع بعـــد المحل من المسلم فيه ، ومع ذلك لا يبطل فيه السلم مع توهم تأخـــير تسليم المسلم فيه الى مابعد وقت حلوله .

وكذلك وجدت هذه العلة فى السلم المشروط الاجل ولكن الحكم تخلف معها ، حيث صح السلم فيه مع احتمال عدم القدرة على التسليم بسبب الموت .

(٢٧) فى نسخة ((ب)) : ولان ماقاسوا عليه الغرر . ولا تدعو الحاجة الى هـــذا الغرر . / والمقصود بقوله : فيما قاسوا عليه : هو قياسهم الاسلام فى ثمرة نخلـة بعينها أو ذراع رجل بعينه .

(٢٨) سقط قوله (وتدعو الحاجة الى هذا الغرر) من نسخة ((ب)) : ٥ / والاشارة عائدة الى احتمال الانقطاع . قبل المحل .

(٢٩) أى فكان قياسهم قياسا مع الفارق ، وماكان كذلك فهو باطل .

قالوا : الجهالة (٣٠) تمنع صحة السلم (٣١) ، فالعدم (٣٢) أولى ، لانه أبلغ .

قلنا : يبطل بالاجارة (٣٣) ، ثم الجهالة أبلغ (٣٤) ، لان المجهول فى الحال مجهول عند المحل (٣٥) ، والمعدوم فى الحال (٣٦) غير معدوم فى المحل (٣٧) .

قالوا : نوع بيع ، فلم يصح فى المعدوم كبيع الاعيان (٣٨) .

---

(٣٠) أى جهالة الكيل فيما يكال ،والوزن فيما يوزن والعدد فيما يعد ، والاجل فى الجميع.

(٣١) لانه بذلك يكون بيع غرر يفضى الى المنازعة . ولقوله صلى الله عليه وسلم : من اسلف فى شئ ففى كيل معلوم ووزن معلوم الى اجل معلوم . أهـ رواه البخارى جـ٢ ص ٣٠ باب السلم فى وزن معلوم ، وأنظر تخريجه أيضا فى الهامش رقم (٥) أول المسألة .

(٣٢) أى ان عدم وجود المسلم فيه أصلا أولى بعدم الجواز مما لو جهلت بعض أوصافه .

(٣٣) فان المنفعة - وهى المقصودة بالعقد - معدومة وقت العقد ،ثم يصح معها عقد الاجارة .

(٣٤) أى بأوصاف المسلم فيه واجله .

(٣٥) أى عند وقت التسليم ، وانما كان كذلك لان عدم العلم به عند العقد يبقيه كذلك عند التسليم ،فتقع به الخصومة .

(٣٦) أى معدوم الذات ،ولكنه معلوم الصفات والاجل .

(٣٧) لان التسليم يكون بناء على الأوصاف وقت العقد ، فلا تقع به الخصومة فكان السلم صحيحا لذلك .

(٣٨) أى حيث لا يجوز بيع العين الغائبة ،على الوصف ،أو حيث لا يجوز بيع العين غير المملوكة ،على أن يشتريها ويسلمها للمشترى . أو حيث لا يجوز بيع العين المعدومة كحبل الدابة وحبل الحبل .

بجامع انه نوع بيع فى كل من الاصل وهو بيع الاعيان والفرع وهو بيع السلم .

ولما كان حكم الاصل هو عدم جواز بيع الاعيان المعدومة . كان حكم الفرع كذلك فلا يجوز بيع السلم فى المعدوم أيضا لذلك .

قلـــنا : لان محل التسليم (٣٩) عند العقد هناك (٤٠)، وهاهنا (٤١) عنـــد المحل (٤٢)، ولهذا لم يصح البيع فيما (٤٣) ليس فى ملكه ويصح السلم (٤٤).

* مســـألة (٨٧) : السلم الحال جائز (١). /١٤٦ش،

وقال أبو حنيفة : لا يجوز (٢).

---

(٣٩) فى نسخة ((ب)) : لان محل التسليم هنا عند العقد .

(٤٠) أى فى بيع الاعيان ، والتسليم عند العقد اذا كانت العين معدومة متعذر فيبطل العقد به لذلك .

(٤١) أى فى بيع السلم . أى والتسليم عند المحل ممكن ، فصح به العقد .

(٤٢) فهو بيع متعلق بالذمة ، فصح فيه مالا يصح فى بيع الاعيان .

(٤٣) أى بيع الاعيان .

(٤٤) مع انه يبيع فيه شيئا لا يملكه بعد .
أى وهذا فارق بين الاصل وهو بيع الاعيان والفرع وهو بين السلم فـــى قياسهم ، والقياس مع الفارق باطل .

(١) المختصر ص ٩٠ . الام جـ٣ ص ٩٥ . المنهاج ص٥٣ .

(٢) أى لا يجوز الا مؤجلا ، واقله شهر اعتبارا بالمدين لو حلف ليقضين دينه عاجلا فقضاه قبل نهاية الشهر حيث لا يحنث . وقيل : ثلاثة أيام اعتبـــارا بشرط الخيار وقيل : اكثر من نصف يوم اعتبارا بمجلس البيع اذ لا يمتد أكثر من ذلك عادة وذهب الكرخى الى اعتبار عرف الناس فى ذلك المسلم فيـــه . والأول أصح .
أنظر الهداية جـ٦ ص ٢١٧ . التبيين جـ٤ ص ١١٤ ، وص ١١٥ مجمع الانهـر جـ٢ ص ١٠٠ .
وذهب الحنابلة اليه أيضا لكن قيل اقله شهر وقيل: نصفه أو نحو ذلك .
شرح المنتهى جـ٢ ص ٢١٨ . كشاف القناع جـ٣ ص ٢٨٥ . المغنى جـ٤ ص ٢٢٠ =

لنـــا : انه أحد نوعى البيع ، فجاز أن يكون الدين فيه حالا ومؤجـــلا ، كبيع الاعيان(٣) ، أو دين يحل بالموت(٤) ، يمكن المطالبة به ، فلم(٥) يشـــترط فيـــه الاجل ، كالثمـــن(٦) ، ولا يلزم السـلم الحال فى المعـــدوم(٧) ،

= وبه يقول المالكية ، وحدوا الاجل بنصف شهر فأكثر . . .
أنظر : الشرح الصغير جـ٢ ص٩٨ . الجواهر جـ٢ ص٦٩ . شرح المـــنح جـ٣ ص١٩ .
واليه ذهب ابن حزم لكنه جعل الاجل ساعة فما فوقها . أنظر المحلـــى جـ١٠ ص٤٥ و ص٥٣ .

(٣) حيث يجوز فيه حلول الثمن وتأجيله .
بجامع انه أحد نوعى البيع فى كل من الاصل وهو بيع الاعيان ، والفرع وهـــو بيع السلم .
ولما كان حكم الاصل هو جواز ان يكون الدين فى بيع الاعيان مؤجلا ومعجـــلا كان حكم الفرع كذلك فيجوز أن يكون بيع السلم حالا ومؤجلا أيضا لذلك .

(٤) أى يجب اداؤه الى مستحقيه بموت من هى فى ذمته وان كان اجلها لـــم يحن بعد وذلك من تركته ، استعجالا لفك ذمته من حقوق العباد .

(٥) من قوله (فلم يشترط) الى قوله (المطالبة به) ساقط من نسخة ((ب)) .

(٦) حيث لا يشترط فيه الاجل ، بل يجوز اعطاؤه فى الحال ويجوز تأجليه الـــى وقت آخر .
بجامع ان كلا دين يحل بالموت يمكن المطالبة به ، اما الاصل فهو الثمـــن ، واما الفرع فهو السلم .
ولما كان حكم الاصل عدم اشتراط الاجل فى الثمن حيث يجوز تعجيلـــه وتأجيله كان حكم الفرع كذلك فيجوز تعجيل السلم وتأجيله أيضا لذلك .

(٧) أى حيث أوجبنا القدرة على التسليم فيه حال العقد . أنظر شرح المحلـــى جـ٢ ص٢٤٨ . أى والمعدوم غير مقدور على تسليمه فيبطل .
فكأن هناك سؤالاً مقدرا يقول : اذا اجزتم الحال والمؤجل ، فماذا تقولون فيما لو كان المسلم فيه فى السلم الحال معدوما ، أليس يلزم منه القـــول =

لانه لا يمكن المطالبة به [٨] ، ولانه من زوائد العقد [٩] ، [١٠] يقدر على تسلم المعقود عليه [١١] مع عدمه [١٢] ، فلم يكن شرطا [١٣] كالخيار فى البيع [١٤] والرهن فى السلم [١٥] ،

= بصحة بيع المعدوم .

وهو بيع باطل ، وأنتم لا تقولون به .

فالجواب إن هناك فرقا بين السلم الحال فى المعدوم وبينه فى غير المعدوم ، وهو ان الاول لا يمكن المطالبة به ولا كذلك الثانى فلا يلزمنا تصحيح السلم الحال فى المعدوم بسبب تصحيحنا له فى غير المعدوم للفارق المذكور .

(٨) أى بالسلم فيه ، لان القبض ليس بشرط فى المسلم فيه وان كان حالا فلو وجد لكان متبرعا به . أنظر فتح العزيز جـ٩ ص ٢١٢ . هذا فى الموجود فكيف به فى المعدوم فانه لا يمكن المطالبة به من باب أولى .

(٩) أى وصف التأجيل فى السلم .

(١٠) وليس من لوازمه . لان العقد اذا اطلق لزم منه الحلول ، فيكون التأجيل عارضا وزائدا فيه .

(١١) أى فى الحال .

(١٢) الضمير عائد الى وصف التأجيل ، وليس الى المعقود عليه ، لان ذلك تناقض ولا يؤدى المعنى المطلوب من الاحتجاج به .

(١٣) أى فلم يكن التأجيل شرطا فى السلم . فصح انه يجوز حالا .

(١٤) حيث يجوز فيه وليس بشرط ، لأن للمتبايعين حق اسقاطه ببيع التخاير ، لما روى ابن عمر مرفوعا : البيعان بالخيار مالم يتفرقا أو يقول احدهما لصاحبه اختر وربما قال : أو يكون بيع خيار . أهـ رواه البخارى جـ٢ ص١٢ باب اذا لم يوقت فى الخيار هل يجوز البيع .

(١٥) فى نسخة ((ب)) : والرهن بالسلم . / حيث يجوز الرهن فيه ولا يشترط لان رب السلم فى حاجة الى التوثق لحقه .

والجامع فى القياس المذكور هو انه من زوائد العقد يقدر على تسليم المعقود عليه مع عدمه فى كل من الاصل وهو الخيار فى البيع والرهن فى السلم . والفرع وهو التأجيل فى السلم . =

والدليل على أنه من الزوائد انه يوجد العقد دونه وهو اذا مات [١٧] .

احتجوا [١٨] : بقوله صلى الله عليه وسلم : (من اسلف فليسلف [١٩] في كيل معلوم ووزن معلوم واجل معلوم) [٢٠]

قلنا : أمر باعلام [٢١] الاجل اذا اسلم في المؤجل [٢٢] ، كما أمر باعلام الكيل اذا اسلم [٢٣] في مكيل ونحن نقول به [٢٤] .

= ولما كان حكم الاصل هو صحة البيع بدون شرط الخيار والسلم بدون رهن لانهما من الزوائد على العقد مع القدرة على الوفاء بدونهما ، كان حكم الفرع كذلك فيصح السلم بدون التأجيل أيضا لذلك .

(١٧) وذلك اذا عقد السلم ومات في الحال ، فانه يجب على ورثته أداء المسلم فيه في الحال ، ولو كان التأجيل شرطا فيه لما وجب عليهم اداؤه بموته بل لكانوا يؤدونه بانتهاء الاجل فدل على أنه من زوائد العقد .

(١٨) في نسخة ((ب)) : واحتجوا .

(١٩) في نسخة ((ب)) : من اسلم فليسلم .

(٢٠) رواه الائمة الستة في كتبهم ، أنظر تخريجه في المسألة قبل هذه هامش رقم (٥) .

ومحل الشاهد فيه : قوله صلى الله عليه وسلم (واجل معلوم) .

(٢١) أي بذكره في العقد ليعلمه المتعاقدان فضا للنزاع عند التسليم .

(٢٢) أي وليس فيه تعرض للسلم الحال فلا يتناوله الحكم المذكور في الحديث هنا .

(٢٣) سقط من نسخة ((ب)) قوله (في المؤجل ، كما امر باعلام الكيل اذا اسلم) والامر المشار اليه هو الوارد في الحديث المذكور .

(٢٤) أي بوجوب الاعلام بالكيل اذا اسلم بمكيل . أنظر المنهاج ص٥٣ .

قالوا : عوض[٢٥] لا يجوز التصرف فيه قبل القبض ، فلم يجز حالا ومؤجلا ، كالمبيع.[٢٦]

قلنا : ما يجوز التصرف فيه أيضا قبل القبض وهو العقار عندهم[٢٧] لا يجوز حالا ومؤجلا[٢٨] فلم يؤثر الوصف[٢٩]، والمبيع يجب تعيينه[٣٠]، فهو كرأس مال السلم[٣١]،

---

(٢٥) سقط لفظ (عوض) من نسخة ((ب)) ٠/ ولفظ عوض صفة لموصوف محذوف تقديره : الثمن في السلم عوض . الخ .

(٢٦) في نسخة ((ب)) : كالبيع ٠/ حيث لا يجوز تأجيل التسليم بعد نقد الثمن . بجامع انه عوض لا يجوز التصرف فيه قبل القبض في كل من الاصل وهو المبيع والفرع وهو الثمن في السلم .
ولما كان حكم الاصل هو عدم جواز كون المبيع في البيع حالا ومؤجلا لعدم جواز التصرف فيه قبل القبض . كان حكم الفرع كذلك فلا يصح السلم حالا ومؤجلا أيضا لذلك .

(٢٧) هو قول أبي حنيفة وأبي يوسف ، خلافا لمحمد وزفر حيث منعا منه . أنظر مجمع الانهر جـ٢ ص ٧٩ .

(٢٨) أي فكانوا هم أول من نقض هذه العلة ، فلا اعتبار بها .

(٢٩) وهو أن المسلم فيه عوض لا يجوز التصرف فيه قبل القبض .
وانما لم يؤثر لانه تخلف الوصف في العقار عن الحكم ، حيث يجوز التصرف فيه قبل القبض في العقار ثم لا يجوز الا مؤجلا . فكان الوصف الذي جعلوه علة لاغيا ، لعدم تأثيره في الحكم المذكور .

(٣٠) أي ولا كذلك المسلم فيه حيث لا يجوز تعيينه ، لان السلم بيع موصوف في الذمة ، والتعيين يخرجه عن هذا المعنى الى بيع الاعيان .
أي واذ قد وجب تعيين المبيع ، فقد وجب تأجيل تسليمه لذلك ، واما المسلم فيه فلا يجوز تعيينه فجاز تعجيله لذلك .

(٣١) حيث يجب تعيينه في مجلس العقد .

وهذا (٣٢) لا يجب فهو كالثمن (٣٣) ،

قالوا : معنى (٣٤) ينافى التأجيل ، فأشبه التعيين (٣٥) .

قلنا : لان ذاك (٣٦) غرر (٣٧) لا تدعو الحاجة اليه ، وهذا (٣٨) نفى للغرر (٣٩) ، فلم يبطل (٤٠) .

---

(٣٢) أى المسلم فيه .

(٣٣) حيث يجوز حالا ومؤجلا .

بجامع عدم وجوب تعيينه فى كل من الاصل وهو الثمن والفرع وهو المسلم فيه .

ولما كان حكم الاصل جوازه حالا ومؤجلا ، كان حكم الفرع كذلك فيجوز السلم حالا ومؤجلا أيضا لذلك .

والمقصود : اثبات فارق بين الاصل والفرع فى قياسهم المسلم فيه على المبيع ، والقياس مع الفارق باطل .

(٣٤) أى الحلول معنى ينافى التأجيل .

(٣٥) حيث لا يجوز تعيين المسلم فيه . أنظر التبيين جـ٤ ص١١٤ . وبر قرية وتمر نخلة بعينه أى فلا يجوز السلم فيهما لاحتمال ان يعتريهما آفة فلا يقدر على تسليمهما . أهـ .

والجامع فى القياس المذكور هو أن كلا معنى ينافى التأجيل . اما الاصل فهو تعيين المسلم فيه ، واما الفرع فهو الحلول فى السلم .

ولما كان حكم الاصل هو عدم جواز تعيين المسلم فيه لمنافاته لبيع السلم كان حكم الفرع كذلك فلا يجوز تعجيل المسلم فيه لمنافاته للتأجيل أيضا لذلك .

(٣٦) فى نسخة ((ب)) : ذلك . / والضمير عائد الى تعيين المسلم فيه .

(٣٧) لاحتمال هلاك المسلم فيه المعين قبل المحل ، فيفوت به الحق على صاحبه .

(٣٨) أى السلم الحال .

(٣٩) لان فى تعجيل تسليم المسلم فيه تضييق احتمال فواته وهلاكه ، فكان أولى بالجواز من السلم المؤجل .

(٤٠) أى فكان القول بصحته حالا أولى من القول بصحة التأجيل فيه لانتفاء الغرر المحتمل ، بانقطاع المسلم فيه قبل المحل فى المؤجل .

قالوا : السلم تعجيل احد العوضين،[٤١] وتأجيل الاخر،[٤٢] ولو صح حالا لكان البيع سلما .[٤٣]

قلنا : بل السلم تعجيل أحد العوضين[٤٤] وهذا يوجد في السلم[٤٥] الحال[٤٦] ولا يوجد في البيع ،[٤٧]

قالوا : السلم يختص الدين ،[٤٨] فوجب أن يختص بحكم من أحكام الدين ، وليس الا الاجل .[٤٩]

قلنا : اختصاصه بالدين لا يوجب اختصاصه بحكم آخر ، كما[٥٠] أن اختصاص

---

(٤١) وهو الثمن .

(٤٢) وهو المسلم فيه .

(٤٣) لان البيع حينئذ يقتضي تسليم المبيع في مجلس العقد ، كالسلم الحال . أي لكن البيع الحال لا يقتضي تسليم المبيع في مجلس العقد ، فلا يكون البيع سلما .

(٤٤) أي بدون القيد الثاني في قولهم (وتأجيل الاخر) . فيصح بتعجيل رأس المال ، ويصح بتعجيل المسلم فيه أيضا .

(٤٥) في نسخة ((ب)) : وهذا يوجد في السلم . / ومابعده ساقط منها .

(٤٦) حيث فيه تعجيل [رأس مال السلم وأما] المسلم فيه فيجوز تأخير قبضه . لانه ليس بشرط في صحة السلم ، كما في فتح العزيز ج٩ ص٢١٢ .

(٤٧) أي الحال ، اذ هو مبادلة مال بمال في مجلس العقد فيقتضي تعجيل العوضين ، ففارق بذلك السلم الحال .

(٤٨) لانه بيع موصوف في الذمة . المنهاج ص ٥٢ .

(٤٩) أي فكان الاجل شرطا فيه ، فلا يصح حالا .

(٥٠) سقط قوله (كما أن اختصاص المعاوضة بالعروض لا يوجب اختصاصه بحكم آخر) . من نسخة ((ب)) .

المعاوضة بالعروض (٥١) لا يوجب اختصاصه بحكم آخر ، ثم القرض (٥٢) يختص الدمن ولا يختص بحكم من أحكامه .

قالوا : السلم لا يصح الا فيما يقبل الاجل (٥٣) ، كما لا يصح الا فيما يقبل الوصف (٥٤) ، (٥٥) ثم الوصف شرط (٥٦) فكذلك الاجل (٥٧) .

---

(٥١) العرض بالسكون المتاع ، قالوا الدراهم والدنانير عين ، وماسواهما عرض والجمع عروض ، مثل فلس وفلوس ، وقال أبو عبيد : العروض : الامتعة التي لا يدخلها كيل ولا وزن ولا تكون حيوانا ولا عقارا . أهـ المصباح : جـ٢ ص٥٣ .

(٥٢) في الاصل (الفرض) بالموحدة . والصواب ماأثبتناه من نسخة ((ب)) . والقرض : بفتح فسكون وهو ماتعطيه غيرك من المال لتقضى مثله . والجمع قروض مثل فلس وفلوس . وهو اسم من اقرضته المال اقراضا . أنظر المصباح جـ٢ ص١٥٧ .

وذكر في المختار ص٥٢٠ أن كسر القاف لغة فيه .

وعرفه في مغني المحتاج جـ٢ ص١١٧ بأنه : تمليك الشئ على أن يرد بدله . أهـ

قال : وسمى بذلك لان المقرض يقطع للمقترض قطعة من ماله . وتسميه أهل الحجاز سلفا . أهـ بفتحتين .

(٥٣) احترازا عما لا يقبله كالاصناف الربوية حيث التقابض شرط فيها .

(٥٤) احترازا عما لا يقبله أيضا ، كالحيوان اذ لا يمكن ضبطه بصفة لتفاحش التفاوت بين افراده ، الا ترى أن العبدين يستويان في السن والجنس وتتفاوت قيمتهما لاختلاف المعاني الباطنة كالكياسة وحسن الخلق والخلق والسيرة والفصاحة والشدة ، ومما لا يقبل الوصف أيضا الجواهر كاللؤلؤ ونحوه لفحش التفاوت بين افراده الا أن تكون كلها صغارا فيجوز السلم فيها لانها تضبط حينئذ بالوزن . أنظر التبيين جـ٤ ص١١٢ .

(٥٥) سقط قوله (ثم الوصف) من نسخة ((ب)) .

(٥٦) أي في السلم .

(٥٧) أي فيكون شرطا في السلم أيضا . وعليه فيكون السلم الحال باطلا لفقدان شرط التأجيل فيه .

قلـــنا : ولا يصح (٥٨) الا فيما يقبل الرهن والضمان (٥٩) ثم ليس ذاك (٦٠) بشـــرط، ثم ترك الوصف يوجب (٦١) غررا ، فشرط ، وترك الأجل (٦٢) ينفي غررا ، فلم يشترط (٦٣).

قالوا : السلم جعل ليرتفق (٦٤) رب المال (٦٥) بالاسترخاص (٦٦)، والمسلم اليه برأس المال (٦٧)،

---

(٥٨) أى السلم .

(٥٩) أى من الاموال .

(٦٠) أى الرهن والضمان . أى انهما ليسا بشرط فى السلم ، مع ان السـلم لا يصح الا فيما يقبل الرهن والضمان ، فصح ان ما جعلوه لازما ، ليس بلازم .

(٦١) أى ترك وصف المسلم فيه .

(٦٢) بأن يكون السلم حالا ، وليس المراد ترك تحديد الاجل فى المؤجل فذاك لا يجوز قطعا لانه يؤدى الى المنازعة فى الاقتضاء .

(٦٣) أى وجود الاجل فى السلم لذلك .
وهذا فارق بين الاصل والفرع فى قياسهم وجوب الاجل فى السلم على وجوب الوصف فيه ، والقياس مع الفارق باطل .

(٦٤) المرفق - بكسر الميم وفتحها وتسكين الراء - من الامر هو ما ارتفقت به وانتفعت.
ومصاب الماء ونحوها فى الدار تسمى مرافق . أنظر المختار ص ٢٥١.

(٦٥) فى نسخة ((ب)) : رب السلم ./ ورب المال أو رب السلم هو دافع الثمن . والمسلم اليه هو آخذه .

(٦٦) حيث يشترى المسلم فيه بسعر أرخص منه فى وقت المحل .

(٦٧) بأن يأخذ ثمن المسلم فيه قبل أن يستقر فى يده ، لانه قد يحتاج الى الثمن لاصلاح شأن المثمن وهو المسلم فيه ، كما لو كان صاحب زرع فانه قد يحتاج الى المال ليحرث الارض ويزرعها ويستأجر لذلك عمالا ليعينوه فى الحصول على تلك الثمرة ، فرخص له الشرع فى قبض الثمن قبل وجود الثمرة بشرط أن تكون موصوفة والى اجل لدفع الغرر المؤدى الى الخصومة عند التقاضى رفقا به لحاجته .

والحلول يمنع الارتفاق ، فمنع الصحة (٦٨)، كشرط الزيادة فى القرض. (٦٩)

قلنا : لو صح هذا (٧٠)، لم يصح اذا ترك الاسترخاص. (٧١)

قالوا : السلم اجيز رفقا بالمسلم اليه (٧٢)؛ لانه يسلم اليه فيما لا يملكه (٧٣) ولا يقدر عليه (٧٤)، فشرط فيه الاجل ليقدر (٧٥)، كما قلتم فى السلم فى المعدوم (٧٦) والكتابة الحالة. (٧٧)

---

(٦٨) لفوات العلة التى شرع السلم من اجلها وهى الارتفاق .

(٦٩) فى نسخة ((ب)) : فى العوض . / وهو تحريف.

أى حيث يبطل القرض بشرط الزيادة فيه .

بجامع انعدام الارتفاق فى كل من الاصل وهو الزيادة فى القرض ، والفرع وهو الحلول فى السلم .

ولما كان حكم الاصل هو عدم صحة الزيادة فى القرض لانعدام الارتفاق بها كان حكم الفرع كذلك فلا يصح الحلول فى السلم أيضا للعلة المذكورة .

(٧٠) أى ان مامنع الارتفاق يمنع الصحة .

(٧١) بان باعه المسلم للمسلم اليه باكثر من ثمن المثل .أى والحال انه لا يبطل وان باعه بثمن المثل أو باكثر منه ، فدل على بطلان العلة التى ذكروا .

(٧٢) وهو آخذ الثمن فى مقابل المسلم فيه المعدوم .

(٧٣) لانه ليس تحت يده وقت العقد .

(٧٤) لانه معدوم .

(٧٥) فى نسخة ((ب)) : للتعذر . / أى ليقدر على امتلاكه وتسليمه لرب السلم وقت المحل .

(٧٦) بأنه يشترط فيه الاجل ليقدر على التسليم وقت المحل .

(٧٧) بأنه يشترط فيها التنجيم أى التأجيل ليتمكن المكاتب من الاكتساب ليؤدى ماعليه من نجوم الكتابة . وسيأتى بيان ذلك عند الكلام على مسائل الكتابة ان شاء الله تعالى .

قلنـــا : بل جعل ترفيها (٧٨) ، بدليل انه يجوز لمن عنده اكرار (٧٩) ان يقبـــل السلم في قفيز (٨٠) ، فجاز تركه (٨١) كشرط الخيار (٨٢) ، بخلاف ماقاسوا عليه (٨٣) ، فانه جعل الاجل فيه للقدرة (٨٤) .

---

(٧٨) أى توسيعا على الناس وتنفيسا عنهم لما قد يقعون فيه من الحرج اذا احتاجوا الى المال لاصلاح صناعتهم أو زراعتهم ونحو ذلك . فيأخذون الثمن قبـــل وجود أو تسليم المثمن . تقول هو في رفاهة من العيش أى سعة بفتحتين ، وتقول : رفه بصيغة الامر عن غريمك أى نفس عنه . أنظر المختار ص٢٥١ .
وفي المصباح جـ١ ص٢٥١ : رفه العيش بالضم رفاهة ورفاهية ، بالتخفيـف : اتسع ولان . . . ورفه نفسه ترفيها اراحها .أهـ .
والمقصود: انه جعل ترفيها وتوسعة للناس، لا رفقا بهم فقط .

(٧٩) جمع كر بضم الكاف فراء مشددة كقفل واقفال ، وهو كيل يتسع لستين قفيزا . أنظر المصباح جـ٢ ص١٩٠ .

(٨٠) القفيز ثمانية مكاكيك والمكوك صاع ونصف فيكون الكر اثنى عشر وسقـــا ، أنظر المصباح جـ٢ ص١٩٠ .
قلت ويساوي القفيز في مكاييـــل عصرنا : ٢٦ر١١٢ كيلو جراما أو ماسعته : ٣٣٫٠٥٣ ليترا . أنظر الايضاح والتبيين ص٧٢ .

(٨١) أى ترك الاجل .

(٨٢) حيث يجوز البيع بدونه قطعا .
بجامع جعله ترفيها في كل من الاصل وهو شرط الخيار ، والفرع وهو الاجل في السلم .
ولما كان حكم الاصل جواز ترك شرط الخيار في البيع لعدم الحاجة الى الترفه فيه كان حكم الفرع كذلك فيجوز ترك الاجل في السلم أيضا لذلك .

(٨٣) وهو السلم في المعدوم والكتابة الحالة ، في وجوب الاجل فيهما رفقا بالمسلم اليه وبالمكاتب .

(٨٤) أى لاجل القدرة على تسليم المسلم فيه في السلم وتسليم النجوم في الكتابـــة .
والمقصود: ان هناك فارقا بين الاصل والفرع في قياسهم السلم الحال علـــى =

* مسألة (٨٨) : يجوز السلم فى الحيوان.(١) / ١٤٧ى ٠

وقال أبو حنيفة : لا يجوز.(٢)

لنا : ماروى عبد الله بن عمرو بن العاص(٣) قال : امرنى رسول الله صلى الله عليه وسلم ان اجهز جيشا وليس عندنا ظهر، فأمرنى ان ابتاع ظهرا الى خروج المصدق(٤) ، فابتعت البعير بالبعيرين.(٥)

= السلم فى المعدوم وعلى الكتابة الحالة ،وهو أن الاجل فيهما جعل لتمكين المسلم اليه والمكاتب من تحصيل المال .
واما فى السلم الحال فجعل التأجيل فيه ترفيها للمسلم اليه ،فيجوز لهما تركه . والقياس مع الفارق باطل .

(١) اى اذا بين الجنس والسن والنوع والصفة .
المختصر ص ٩٠ . الام جـ٣ ص١١١ . المنهاج ص ٥٣ .
وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى جـ٢ ص ٢١٥ . كشاف القناع جـ٣ص٢٧٧
وذكر فى المغنى جـ٤ ص٢٠٩ رواية أخرى انه لا يجوز. الا أنه صحح الاولى وجعلها ظاهر المذهب .
وبه يقول المالكية : الشرح الصغير جـ٢ ص١٠٠ . الجواهر جـ٢ ص٧١ .
شرح المنح جـ٣ ص ٢٤ .

(٢) الهداية جـ٦ ص ٢٠٩ . التبيين جـ٤ ص ١١٢ . مجمع الانهر جـ٢ ص٩٩ .
وبه يقول ابن حزم : المحلى جـ١٠ ص٥٤ .

(٣) أنظر ترجمته فى المسألة رقم (٤) هامش (٣١) .

(٤) بكسر الدال ،وهو عامل الزكاة الذى يستوفيها من اربابها فهو وكيل الفقراء فى قبض حقوقهم من الاغنياء الذين وجبت عليهم . أنظر النهاية جـ٣ ص ١٨ .

(٥) الحديث رواه أبو داود جـ٣ ص٢٥٠ كتاب البيوع باب فى الحيوان بالحيوان نسيئة ،رقم/ ٣٣٥٧ ولفظه عن عبد الله بن عمرو ان رسول الله صلى الله عليه وسلم امره ان يجهز جيشا فنفدت الابل ،فأمره أن يأخذ =

فان قيل : يجوز أن يكون أخذ على بيت المال (٦) أو أخذه للفقراء (٧) ، ولهذا روى انه قال : (فأدى النبى صلى الله عليه وسلم من ابل الصدقة) ، وجعله الى اجل مجهول (٨) .

= فى قلاص الصدقة ، فكان يأخذ البعير بالبعيرين الى ابل الصدقة . أهـ.
قال المنذرى : فى اسناده محمد بن اسحاق ، وقد اختلف أيضا على محمد ابن اسحاق فى هذا الحديث ، ذكر ذلك البخارى وغيره . أهـ مختصر سنن أبى داود جـ٥ ص ٢٩ .
قال النووى : حديث ابن عمرو بن العاص رواه أبو داود وسكت عليه فيقتضى انه عنده حسن . . . وان كان فى اسناده نظر ، لكن قال البيهقى : له شاهد صحيح - البيهقى جـ٥ ص ٢٨٧ باب بيع الحيوان وغيره مما لا ربا فيه بعضه ببعض نسيئة - أهـ المجموع جـ٩ ص ٤٠٠ .

(٦) أى أخذ لحساب بيت المال ، بمعنى انه استقرضه لبيت المال ، فانه يجوز أن يثبت حق مجهول على بيت المال كما يجب له حق مجهول . فيكون السلم فى الحيوان جائز البيت المال خاصة لانه يتحمل الجهالة أخذا وعطاء وليس كذلك مع الافراد اذ الجهالة فى الحيوان تمنع السلم فيه فى حقهم أنظر التبيين جـ٤ ص ١١٢ .

(٧) أى أن رد البعير ين بالبعير الواحد خاص بالفقراء ، واما الأغنياء فيرد لهم البعير بالبعير . وتكون الزيادة للفقراء صدقة عليهم من بيت المال .

(٨) فى نسخة ((ب)) : الى اجل معلوم . / وهو خطأ لما سيذكره فى الجواب عنه .

والحديث رواه ابن حزم بلفظ : فأمرنى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن آخذ فى ابل الصدقة فكنت ابتاع البعير بالقلوصين والثلاثة الى ابل الصدقة ، فلما قدمت الصدقة قضاها رسول الله صلى الله عليه وسلم . أهـ المحلى جـ١٠ ص٥٠١ ، وقد ضعفه قبل ذلك فى ص ٥٠٠ ووصفه بأنه فى غاية فساد الاسناد لما فيه من المجاهيل ، والاضطراب .
ورواه الدارقطنى جـ٣ ص٦٩ رقم/ ٢٦٢ كتاب البيوع . بلفظ المصنف.

قيــل : الظاهر أن[9] العوض يثبت في ذمة العاقد لا في بيت المال[10] ، ولا يجوز أن يكون للفقراء[11] ، لان الجيش لا يجهز من مالهم ، ولعله استقرض من مال الصدقة[12] ليعوضهم[13] ، واجل الصدقة كان معلوما وهو في المحرم[14] ، ولانه جنس معاوضة[15] فجاز أن يكون الحيوان عوضا في الذمة فيه ، كالنكاح والخلع والكتابة[16] .

---

(٩) في نسخة ((ب)) : الظاهر هناك العوض . . الخ .

(١٠) أي وإذ قد ثبت ـ على مقتضى الظاهر ـ أن العوض يثبت في ذمة العاقد وهو النبي صلى الله عليه وسلم فقد صح القول بجواز السلم في الحيوان بظاهر هذا الحديث .

(١١) أي لايجوز حمل رد البعير بالبعيرين على الفقراء دون الأغنياء لما سيذكره بعدها .

(١٢) أي مال الزكاة ، والمقصود: لعله استقرض ممن تجب عليهم الزكاة بملك النصاب الا أن الحول لم يحل عليها بعد فاستعجل الزكاة عليهم دفعا للحاجة العامة .

(١٣) أي البعير بالبعيرين ، على جهة المسامحة منه ، لا الشرط .

(١٤) أي ولذلك لم يذكر الاجل .

(١٥) أي السلم .

(١٦) حيث يجوز أن يكون الحيوان عوضا في الذمة بأن يجعل مهرا في النكاح أو بدلا في الخلع أو الكتابة .

بجامع ان كلا جنس معاوضة ، اما الاصل فهو النكاح والخلع والكتابة ، واما الفرع فهو السلم .

ولما كان حكم الاصل جواز كون الحيوان عوضا في النكاح والخلع والكتابة ، كان حكم الفرع كذلك فيجوز أن يكون الحيوان عوضا في السلم أيضا لذلك .

فان قيــل : هذه العقود[١٧] على غير مال[١٨] ، ولا ربا فيها[١٩] .

قيـل : الا انه يحرم فيها الجهالة ، ولهذا لا يجوز على ثوب مجهـــول[٢٠] ، كما لا يجوز البيع .[٢١] ثم البيع يقع على ما لا ربا فيـه[٢٢] . ولانه جنس[٢٣] يثبت فـــى الذمة بعقد الصداق والكتابة[٢٤] ، فثبت بعقد البيع كالثياب والحبوب.[٢٥]

---

(١٧) أى عقود النكاح والخلع والكتابة .

(١٨) أى ليست معاوضات مالية ، بل المال من أحد طرفيها فقط.

(١٩) أى لا يدخلها الربا ، لانه انما يدخل المعاوضات المالية وهذه العقـود الثلاثة ليست كذلك لان بذل المال فيها من طرف واحد .
والمقصود: انه اذا قيل ان هناك فارقا بين الاصل والفرع فى قياسكم عقـــد السلم على عقد النكاح والخلع والكتابة ، والقياس مع الفارق باطل .
فالجواب ما سيذكره بعدها .

(٢٠) أى بأن يجعله صداقا أو ان يخالع عليه زوجته أو ان يكاتب عليه عبـــده ، لان فى ذلك غررا يفضى الى النزاع عند القبض.

(٢١) أى على ثوب مجهول . أى وهذا شبه يثبت به الحاق السلم بتلك العقـود وان لم تكن معاوضات مالية محضة ، فكان الفارق الذى ذكروه ملغى .

(٢٢) أى فكان السلم وهو نوع بيع كتلك العقود اعنى النكاح والخلع والكتابـــة ، فلم يثبت الفارق الذى ذكروا ، فبقى القياس قائما وصحيحا .

(٢٣) أى الحيوان .

(٢٤) أى بأن يكون بدلا فى الذمة فى صداق المرأة وكتابة العبد .

(٢٥) حيث يجوز فيها البيع والسلم .
بجامع انه جنس يثبت فى الذمة بعقد الصداق والكتابة فى كل من الاصل وهو الثياب والحبوب ، والفرع وهو الحـــيوان .
ولما كان حكم الاصل هو صحة السلم فى الثياب والحبوب.
كان حكم الفرع كذلك فيصح السلم فى الحيوان أيضا لذلك .

قالوا : روى ابن عباس (٢٦) أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن السلف في الحيوان (٢٧) .

قلنا : تفرد به عبد الملك الذماري (٢٨) عن سفيان (٢٩) ، والصحيح من هذا

---

(٢٦) انظر ترجمته في المسألة رقم (٥٨) هامش (٥٣) .

(٢٧) رواه الدارقطني جـ٣ ص ٧١ كتاب البيوع . رقم/ ٢٦٨ .
ورواه الحاكم في المستدرك جـ٢ ص ٥٧ كتاب البيوع ، باب النهي عن السلف في الحيوان ثم قال : حديث صحيح الاسناد ولم يخرجاه . أهـ
قال الزيلعي : قال صاحب التنقيح : واسحاق بن ابراهيم بن جوتي - احد رجال السند - قال فيه ابن حبان : منكر الحديث جدا ، يأتي عن الثقات بالموضوعات ، لا يحل كتب حديثه الا على جهة التعجب ، وقال الحاكم : روى أحاديث موضوعة . أهـ
النصب جـ٤ ص ٤٦ . وأنظر التلخيص أيضا جـ٣ ص ٣٣ .

(٢٨) هو عبد الملك بن محمد الذماري ، وقيل : ابن عبد الرحمن ، أبو الزرقاء الصنعاني روى عن الاوزاعي ، قال أبو حاتم : ليس بالقوي ، وقال الفلاس: ثقة .
لكن قال ابن حبان : كان يجيب في كل ما يسأل حتى ينفرد عن الثقات بالموضوعات .
أنظر الميزان جـ٢ ص ٦٦٣ . رقم/ ٥٢٤٢ .

(٢٩) هو سفيان بن سعيد بن مسروق الثوري ، أبو عبد الله ، أمير المؤمنين في الحديث ، ولد ونشأ بالكوفة ، راوده المنصور العباسي على أن يلي الحكم فأبى ، وخرج من الكوفة سنة اربع وأربعين ومائة ، فسكن مكة والمدينة ، ثم طلبه المهدي فتوارى ، وانتقل الى البصرة ، فمات فيها مستخفيا ، قال العجلي : كان لا يسمع شيئا الا حفظه وقال الخطيب : كان الثوري اماما من أئمة المسلمين وعلما من أعلام الدين مجمعا على امامته مع الاتقان والضبط والحفظ والمعرفة والزهد والورع . توفي بالبصرة سنة ١٦١ هـ .
أنظر الاعلام جـ٣ ص ١٠٤ . الخلاصة ص ١٤٥ .

الخبر انه (نهى عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة) (٣٠) (٣١) . ولعله أراد اذا دخل النساء فيهما ، (٣٢) كما (نهى عن بيع الدين بالدين) (٣٣) أو أراد بيع

---

(٣٠) سقط قوله (بالحيوان) من نسخة ((ب)) .

(٣١) رواه أبو داود جـ٣ ص ٢٥٠ باب في الحيوان بالحيوان نسيئة ، رقم ٣٣٥٦ . عن الحسن عن سمرة .

ورواه النسائي جـ٧ ص ٢٩٢ . بيع الحيوان بالحيوان نسيئة .

ورواه ابن ماجه جـ٢ ص٧٦٣ . باب الحيوان بالحيوان نسيئة . رقم/ ٢٢٧٠

ورواه الترمذي جـ٣ ص ٥٣٨ باب ماجاء في كراهية بيع الحيوان بالحيوان نسيئة ، رقم/ ١٢٣٧

ثم قال : حديث سمرة حديث حسن صحيح ، وسماع الحسن من سمرة صحيح ، هكذا قال علي بن المديني وغيره . أهـ

قال الشافعي : غير ثابت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ، مختصر سنن أبي داود جـ٥ ص ٢٧ .

وذكر في المعالم جـ٥ ص ٢٨ : عن يحيى بن معين قال : حديث الحسن عن سمرة : صحيفة . وذكر عن البخاري أنه روى من طريق عكرمة عن ابن عباس رواه الثقات لكنه موقوف عليه . وروى عن عكرمة لكنه مرسل ، وكذا زياد بن جبير عن النبي صلى الله عليه وسلم وهو مرسل . ثم قال : وطرق هذا الحديث واهية ليست بالقوية .

(٣٢) أي في العوضين ، لانه يكون من باب بيع الدين بالدين . وهو منهي عنه للحديث الآتي بعده .

(٣٣) رواه الدارقطني جـ٣ ص٧٢ كتاب البيوع . رقم/ ٢٧٠ عن ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الكالئ بالكالئ . قال اللغويون هو النسيئة بالنسيئة . أهـ .

ورواه البيهقي جـ٥ ص ٢٩٠ باب ماجاء في النهي عن بيع الدين بالدين .

قال في المجموع جـ٩ ص ٤٠١ مداره على موسى بن عبيدة الربذي وهو ضعيف . أهـ =

حبل الحبلة [٣٤]، ولانه[٣٥] راويه[٣٦] ابن عباس وعنده يجوز السلم في الوصائف.[٣٧]

= وفي النصب جـ٤ ص ٤٠ : ورواه ابن عدي في الكامل واعله بموسى بن عبيدة، ونقل تضعيفه عن أحمد ، قال : فقيل لاحمد : ان شعبة يروى عنه. قال : لو رأى شعبة ما رأينا لم يرو عنه ، قال ابن عدي : والضعف على حديثه بين .أهـ.
واما لفظ المصنف فلم أره وانما هو تفسير من ابن عمر لبيع الكالي بالكالي كما روى ذلك عنه البزار . أنظر النصب جـ٤ ص ٤٠ .

(٣٤) بفتح الحاء المهملة والموحدة ، وهو مصدر سمي به المحمول ، كما سمي بالحمل ، والتاء للاشعار بمعنى الانوثة فيه ، فالحبل الأول يراد به ما في بطون النوق من الحمل ، والحبل الثاني هو حبل الذي في بطون النوق . وانما نهي عنه لما فيه من الغرر فقد يموت الحمل ، وقد يكون ذكرا ثم هو بيع معدوم في الحبل الثاني .
أنظر النهاية جـ١ ص ٣٣٤ .
والمصنف يشير بذلك الى ما رواه البخاري جـ٢ ص ١٧ باب بيع الغرر وحبل الحبلة ، عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع حبل الحبلة ، وكان بيعا يتبايعه أهل الجاهلية كان الرجل يبتاع الجزور الى أن تنتج الناقة ثم تنتج التي في بطنها .أهـ
ورواه مسلم جـ٣ ص ١١٥٣ باب تحريم بيع حبل الحبلة . رقم / ٥ .

(٣٥) في نسخة ((ب)) : ولان .

(٣٦) يعني حديث : نهى عن السلف في الحيوان . / وهو الحديث الذي احتجوا به .

(٣٧) جمع وصيفة وهي الامة ، ويقال للعبد أيضا وصيف ويجمع على وصفاء كحليف وحلفاء . أنظر النهاية جـ٥ ص ١٩١ .
أي وان خالف الراوي روايته كان ذلك دليلا على ضعفها عندهم أنظر نزهة المشتاق ص ١٢٥ .

قالوا : روى عن عمر (٣٨) : أن الناس يقولون : عمر أعلم الناس بأبواب الربا ، ولئن كنت أعلمكم بها ، لأحب اليّ من مصر وكورها (٣٩) ، الا أن من الربا أبوابا لا يكدن (٤٠) يخفين على أحد منها السلم في السن (٤١) .

قلنا : لم يذكر هذا (٤٢) احد في كتب الخلاف، (٤٣) ولانه روى عن

---

(٣٨) في نسخة ((ب)) : روى عن عمر أنه قال . / وأنظر ترجمته في المسألة رقم (٤٠) هامش (٨) .

(٣٩) أي مدنها ، ففي المختار ص ٥٨٢ : الكورة بوزن الصورة : المدينة والصقع ، والجمع كور - مثل صورة وصور - أهـ

(٤٠) في نسخة ((ب)) : لا يكون . / وهو تحريف.

(٤١) أي في الحيوان .

رواه عبد الرزاق في مصنفه جـ٨ ص ٢٦ باب السلف في الحيوان ، رقم / ١٤١٦١ ، ولفظه : انكم تزعمون انا لا نعلم أبواب الربا ، ولأن اكون اعلمها أحب اليّ من أن يكون لي مثل مصر وكورها ، ومن الامور أمور لا يكن يخفين على أحد : هو أن يبتاع الذهب بالورق نسيئا ، وان يبتاع الثمرة وهي معصفرة لم تطب وان يسلم في سن .أهـ

ورواه البيهقي جـ٦ ص ٢٣ باب من اجاز السلم في الحيوان بسن وصفة . ثم قال : وهذا منقطع .أهـ

لكن تعقبه في الجوهر النقي فقال : قلت: تقدم ان ابن سيرين أيضا رواه عن عمر، ومراسيل ابن سيرين صحيحة ، كذا ذكر صاحب التمهيد يعني ابن عبد البر الاندلسي - أهـ .

أنظر نفس الصفحة والجزء في البيهقي .

(٤٢) أي رأي عمر في جعل السلم في السن أي الحيوان من أبواب الربا .

(٤٣) أي المتقدمين ، والا فقد ذكر ذلك عنه ابن قدامة في المغني جـ٤ ص٢٠٩ .

ابن عباس (٤٤) وابن عمر (٤٥) وابن مسعود (٤٦) السلم في الوصائف (٤٧)، وعن علي أنه باع جملا له بعشرين بعيرا الى أجل (٤٨).

قالوا : القصد في الحيوان (٤٩) معان خفية لا يأتي الوصف عليها ، فهو كالجواهر والحيوان الحامل (٥٠).

---

(٤٤) ذكره البيهقي في السنن جـ٦ ص ٢٣ : باب من اجاز السلم في الحيوان بسن .

(٤٥) ذكره عنه في المغني جـ٤ ص ٢٠٩ . وأنظر ترجمة ابن عمر في المسألة رقم رقم (٤) هامش (٣) .

(٤٦) ذكره البيهقي في السنن جـ٦ ص ٢٣ باب من اجاز السلم في الحيوان بسن . وذكر أن اسم احد الوصفاء أبو زيادة أو أبو زائدة .

وأنظر ترجمة ابن مسعود في المسألة رقم (٥٩) هامش (٢٣) .

(٤٧) وذكر ذلك عنهم ابن قدامة أيضا في المغني جـ٤ ص ٢٠٩ .

(٤٨) رواه مالك في الموطأ ، ص ٢٨٢ باب بيع الحيوان بالحيوان نقدا ونسيئة رقم / ٨٠٠ .

ورواه الشافعي في المسند ص ٣٨٦ عن مالك عن صالح بن كيسان عن الحسن ابن محمد بن علي عن علي بن أبي طالب .

ورواه البيهقي جـ٦ ص ٢٢ باب من اجاز السلم في الحيوان بسن وصفة .

قال في التلخيص جـ٣ ص ٣٢ : وفيه انقطاع بين الحسن وعلي . وقد روى عنه مايعارض هذا ، روى عبد الرزاق من طريق ابن المسيب عن علي أنه كره بعيرا ببعيرين نسيئة . أهـ وأنظر مصنف عبد الرزاق جـ٨ ص٢٢ باب بيع الحيوان بالحيوان . رقم / ١٤١٤٢ و/ ١٤١٤٣ .

وأنظر ترجمة علي بن أبي طالب في المسألة رقم (٤٠) هامش (١١) .

(٤٩) في الاصل : القصد بالحيوان .

(٥٠) حيث لا يجوز السلم في شيء من ذلك .

بجامع وجود معان خفية لا يأتي عليها الوصف في كل من الاصل وهو الجواهر والحيوان الحامل، والفرع وهو الحيوان .

ولما كان حكم الاصل هو تحريم السلم في الجواهر والحيوان الحامل لعدم امكان الوصف فيها ، كان حكم الفرع كذلك فيحرم السلم في الحيوان أيضا لذلك .

قلـــنا : مامن(٥١) معنى يقصد الا وقد وضع له لفظ يدل عليه ، ثم لو كـان(٥٢) هذا صحيحا لوجب أن(٥٣) لا يثبت(٥٤) في الصداق(٥٥) ، كالجواهر(٥٦) ، ولان المعانـــي الخفية لا اعتبار بها(٥٧) في البيع ، الا ترى انه يصح العقد على الاعيان الحاضـرة ، وان لم يعرف منها المعاني الخفية ، والسلم فرع لبيع الاعيان ، فلا يعتبر فيه من العلم مالا يعتبر في الاصل(٥٨) ، وأما الحامل(٥٩) فانه ان لم يصف الحمـــــل فقد اسلم في شيئين لم يصف أحدهما(٦٠) ، وان وصف لم يقدر على تسليمه علـــى الصفة التي وصف(٦١) ، فهو كالســـلم المنقطع في المحـــل(٦٢) ، ولانه علق الســـلم

---

(٥١) سقط حرف (من) من نسخة ((ب)) .

(٥٢) أي كونه من المعاني الخفية فلا يأتي عليها الوصف .

(٥٣) في نسخة ((ب)) : ألا . / بالادغام .

(٥٤) أي السلم .

(٥٥) لان الصداق في مقابل معان خفية أيضا ، وهي التلذذ باصابة المـــرأة ، وهذا المعنى لا يمكن ضبطه بوصف ، أي والحال انه يثبت فيه ، فبطل أن يكون لما قالوا اعتبار ، والا لوجب أن يمتنع السلم في الصداق .

(٥٦) حيث لا يجوز السلم فيه .

(٥٧) في نسخة ((ب)) : لا اعتبار لها .

(٥٨) وهو بيع الاعيان .

(٥٩) أي واما السلم في الحيوان الحامل .

(٦٠) أي فيكون ذلك السلم باطلا لدخول الغرر في بعض المسلم فيه للجهالة في بعض أوصافه .

(٦١) أي فيكون ذلك السلم باطلا لانه بيع مالا يقدر تسليمه .

(٦٢) في نسخة ((ب)) : في محله . / بفتح فكسر أي وقت التسليم .
والجامع في القياس المذكور هو الغرر وعدم القدرة على التسليم في كل من الاصل وهو السلم المنقطع في محله ، والفرع وهو السلم في الحيوان الحامل . ولما كان حكم الاصل هو تحريم السلم في المنقطع في محله ، كان حكم الفـــرع كذلك فيحرم السلم في الحيوان الحامل أيضا لذلك .

على نماء أصل معين (٦٣) فهو كالسلم فى ثمرة نخلة بعينها . (٦٤)

قالوا : يجمع انواعا مختلفة فهو كالقسى . (٦٥)

قلنا : الخف يجمع أنواعا مختلفة ، ويجوز استصناعه عندهم . (٦٦) ثم ابعاض القسى مقصودة (٦٧) متفاوته ، فلم يجز السلم فيها ، وأبعاض الحيوان غير

---

(٦٣) وهو الجنين فى بطن الحيوان الحامل .

(٦٤) حيث يبطل السلم فيها .
بجامع تعليق السلم على نماء أصل معين فى كل من الاصل وهو السلم فى ثمرة نخلة بعينها والفرع وهو السلم فى الحيوان الحامل .
ولما كان حكم الاصل هو بطلان السلم في ثمرة نخلة بعينها لاحتمال هلاكها ، كان حكم الفرع كذلك فلايصح السلم فى الحيوان الحامل أيضا لذلك .

(٦٥) بوزن الصبى والجمع قسيان كصبيان ، وهو ضرب من الدراهم الزيوف ، أى فضته صلبة رديئة ، تقول : درهم قسى ودراهم قسيمة وقسيات ، أنظر المختار ص ٥٣٥ والقاموس جـ٤ ص ٣٧٨ .
والجامع فى القياس المذكور هو انه يجمع انواعا مختلفة فى كل من الاصل وهو القسى من الدراهم والفرع وهو الحيوان .
ولما كان حكم الاصل عدم جواز السلم فى الدراهم القسية لتفاوتها واختلافها كان حكم الفرع كذلك فلايجوز السلم فى الحيوان أيضا لذلك .

(٦٦) أنظر الهداية جـ٦ ص٥٨ فى البيوع الفاسدة . التبيين جـ٤ ص٥٩ ، وانما اجازوا الاستصناع استحسانا لشدة حاجة الناس اليه .
أى فلايصح جعل جمع الحيوان انواعا مختلفة علة فى صحة السلم فيه ، لوجودها فى الخفاف حيث يجمع انواعا مختلفة ثم تخلف الحكم عنها ، حيث يجوز استصناعها .

(٦٧) أى تقصد فى ذاتها .

مقصودة في الحيوان (٦٨) ، ولهذا لا يسقط بنقصانها شئ من الثمن (٦٩) .

قالوا : اذا لم يجز السلم في ابعاض الحيوان (٧٠) ففي جملته أولى (٧١) .

قلنا : البيض (٧٢) لا يجوز السلم في ابعاضه (٧٣) ، ويجوز في جملته (٧٤) ، ولأن الابعاض مقصودة (٧٥) ، متفاوتة (٧٦) ، ولهذا ينقسم الثمن عليها (٧٧) ،

---

(٦٨) أي وانما يقصد الحيوان بجملته دون ابعاضه في البيع.

(٦٩) اى فيما اذا نقصت بعد العقد وقبل القبض، بخلاف ما اذا تلف الحيوان بجملته حيث يسقط الثمن كله ، فثبت أن الابعاض غير مقصودة فيه . أنظر شرح المحلى جـ٢ ص ٢١٢ .

(٧٠) فانه لا يجوز بالرؤوس ولا بالاكارع وهي الاطراف ، وذلك لما بينهما من التفاوت الفاحش وعدم الضبط . وهذا على قول أبي حنيفة ، واما الصاحبان فقد اختلفت الرواية عنهما فيه فقيل يجوز وقيل لا . أنظر التبيين جـ٤ ص ١١٢ .

(٧١) وجه الاولوية انه اذا امتنع السلم في اطراف الحيوان والتفاوت فيها كثير فمنعه في جملة الحيوان والتفاوت فيه أكثر أولى بالمنع.

(٧٢) في نسخة ((ب)) : قلنا : لا ، البيض .. الخ . / والتقدير : قلنا ليس الامر كذلك فان البيض لا يجوز السلم في ابعاضه . . . الخ .

(٧٣) أي بالعدد لانه متفاوت الافراد ولا يمكن ضبطه .

(٧٤) أي بالوزن ، لانه بالوزن يمكن ضبطه فلا يؤثر التفاوت في افراده . أي فبطل التلازم الذي ذكروه .

(٧٥) أي في البيض .

(٧٦) أي مختلفة الاحجام .

(٧٧) بمعنى انها لو نقصت لنقص الثمن معها ، فدل على أن الثمن ينقسم على ابعاضها لا على جملتها .

والحيوان يقصد جملته لا أبعاضه ، ولهذا ينقسم الثمن على اجزائه (٧٨) دون أبعاضه، (٧٩) ولهذا (٨٠) يجوز بيع حيوان بحيوانين (٨١) ، ولا يجوز بيع رأس برأسين (٨٢) .

* مسألة (٨٩) : يجوز قرض (١) الحيوان والثياب (٢) . /١٤٧ش.

---

(٧٨) أى كلها .

(٧٩) بدليل انه لو عطب بعد العقد وقبل القبض لا ينقص ذلك من ثمنه فلو كان الثمن منقسما على ابعاضه لنقص من الثمن بقدره ، الا أنه يخير بين أخذ مبثمنه أو الفسخ . أنظر شرح المحلى جـ٢ ص٢١٢ .

(٨٠) فى نسخة ((ب)) : ويجوز .

(٨١) لعدم دخول الربا فيه ، لانه غير مطعوم ساعة كونه حيا ، فلا اعتبار بتفاوت اجزائه .

(٨٢) لكونه مطعوما حينئذ ، فاعتبر فيه تفاوت الاجزاء . فلا يصح قياس بعض الحيوان على كله .

(١) القرض بفتح فسكون على وزن فلس وجمعه قروض ، كفلوس ، وهو ما تعطيه غيرك من المال لتقضاه . أنظر المصباح جـ٢ ص١٥٦ .

وفى تصحيح التنبيه ص٧٠ : القرض بفتح القاف وكسرها ، ممن حكى الكسر ابن السكيت والجوهرى وآخرون عن حكاية الكسائى وهو فى اللغة القطع، سمى هذا قرضا لانه قطعة من مال المقرض. أهـ. ثم السلم والقرض متقاربان لاشتراكهما فى اللفظ اذ كلاهما يسمى قرضا ، وفى المعنى لان كلا منهما اثبات مال فى الذمة مبذول فى الحال . أنظر فتح العزيز جـ٩ ص٢٠٧ .

(٢) المنهاج ص٥٤ : يجوز اقراض ما يسلم فيه الا الجارية التى تحل للمقترض فى الاظهر . أهـ .

وأنظر الوجيز جـ١ ص١٥٨ - المجموع جـ١٢ ص١٨٢ . أى الحيوان يجوز السلم فيه فكذا القرض.

وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى جـ٢ ص٢٢٥ . كشاف القناع جـ٣ ص٣٠٠ .

=

المغنى جـ٤ ص٢٣٨ .

وقال أبو حنيفة : لا يجوز.(٣)

لنـا : ماروى أبو رافع(٤) قال : استسلف رسول الله صلى الله عليه وسلم بكرا(٥) فجاءته ابل الصدقة ، فأمرني أن اقضيه بكرة ، فقلت : لا اجد الا ابلا خيارا(٦)

= واليه ذهب المالكية : الشرح الصغير جـ٢ ص١٠٤ . الجواهر جـ٢ص٧٥ . القوانين ص٣١٥ .

(٣) أنظر التبيين جـ٤ ص١١٢ .

وبه يقول ابن حزم : المحلى جـ١ ص٤٤ : ولا يجوز - أى السلم وهو القرض أيضا - فى حيوان ولا مذروع ولا معدود .أهـ. أى لكن فى مكيل أو موزون .

(٤) هو مولى رسول الله صلى الله عليه وسلم ، اختلف فى اسمه فقيل ابراهيم وقيل اسلم وقيل سنان ، قال ابن عبد البر: اشهر ما قيل فى اسمه : اسلم وقيل اسمه غير ذلك .
كان مولى العباس بن عبد المطلب ، فوهبه للنبى صلى الله عليه وسلم فاعتقه لما بشره باسلام العباس ، وكان اسلامه قبل يوم بدر ولم يشهدها ، وشهد احدا ومابعدها ، روى عن النبى صلى الله عليه وسلم وابن مسعود وروى عنه بنوه رافع والحسن والمغيرة وغيرهم ، توفى قبل عثمان بيسير. أنظر الاصابة جـ٤ ص٦٧ .

(٥) فى النهاية جـ١ ص١٤٩ : البكر بالفتح : الفتى من الابل ، بمنزلة الغلام من الناس ، والانثى بكرة. أهـ . زاد فى المصباح جـ١ ص٦٦ : والجمع ابكر ، والبكرة الانثى والجمع بكار مثل كلبة وكلاب، وقد يقال بكارة مثل حجارة .أهـ .

(٦) فى الاصل : الا ابلا رباعا / بلا ياء ، الرباعى من الابل هو الذى نبتت رباعية اسنانه ، ويقال للانثى : رباعية بالتخفيف ، وذلك اذا دخلا فى السنة السابعة. أنظر النهاية جـ٢ ص١٨٨ . ورباعية بوزن ثمانية.

رباعيا ،فقال : أعطه فان خيار(٧) الناس أحسنهم قضاء(٨) .

فان قيل : لعله استقرض للفقراء(٩) ، ولهذا قضى من الصدقة(١٠) .

قيـــل : قد قال استسلف رسول الله صلى الله عليه وسلم(١١) . ولأن الظاهـــر أنه فى ذمة المستقرض(١٢) وانما اســـتقرض من الفقـــراء(١٣)

---

(٧) فى نسخة ((ب)) : فان خير الناس.

(٨) أى أداء . قال الزهرى : القضاء فى اللغة على وجوه مرجعها الى انقطاع الشئ وتمامه ، وكل ما أحكم عمله أو أتم أو ختم أو أدى أو أوجب أو علـــم أو انفذ أو أمضى فقد قضى .أهـ النهاية جـ٤ ص ٧٨ .
والحديث رواه مسلم جـ٣ ص ١٢٢٤ كتاب المساقاة باب من استسلف شيئا فقضى خيرا منه رقم/ ١١٨
ورواه أبو داود جـ٣ ص ٢٤٧ كتاب البيوع باب فى حسن القضاء . رقم/ ٣٣٤٦ .
ورواه الترمذى جـ٣ ص٦٠٩ فى البيوع باب ما جاء فى استقراض البعير أو الشئ من الحيوان أو السن . ثم قال : هذا حديث حسن صحيح . أهـ رقم/ ١٣١٨ .
ورواه النسائى جـ٧ ص٢٩١ تحت عنوان استسلاف الحيوان واستقراضه .
ورواه ابن ماجه جـ٢ ص٧٦٧ كتاب التجارات . باب السلم فى الحيوان . رقم / ٢٢٨٥ .

(٩) أى لا لنفسه . وانما جاز القرض فى الحيوان هنا أعنى من بيت المال لانـــه يتحمل الجهالة والغرر بخلاف ذمة الشخص.

(١٠) أى فلو كان لنفسه لما قضاه من بيت المال لان الصدقة لا تحل لـــه صلى الله عليه وسلم .

(١١) أى ان الراوى ادرى بما وقع فعبر با ستسلف رسول الله صلى الله عليه وسلم أى لنفسه ولو كان للفقراء لأفصح عن ذلك .وهذا اللفظ لا يحتمل ذلك المعنى الذى قالوه .

(١٢) أى ولا يعدل عن ذلك الظاهر الا لدليل صارف والا كان تحكما .

(١٣) أى من بيت المال ، لان ما يأتيه من الصدقات والزكاة آيل الى الفقراء ، فعـــبر عنه بالفقراء من باب المجاز المرسل .

ماقضى به،(١٤) ولهذا تبرع بالفضل،(١٥) ولا يتبرع بمال الفقراء،(١٦) ولانه عين تثبت(١٧) (١٨) في الذمة في الصداق(*)، فثبت في القرض، كالحبوب،(١٩) ولا يلزم المنافع لقولنا: عين،(٢٠) أو ماثبت في الذمة بعقد السلم ثبت بعقد القرض،

---

(١٤) أى ماقضى به الحق الذى وجب عليه وهو البكرة المذكورة في الحديث.

(١٥) لانه باستقراضه اياه من بيت المال أصبح مطلوبا منه في ذمته فكان ملكا له، ويجوز للمالك أن يتبرع بما يملك أو مما يملك، وانما استقرضه من بيت المال ليرد القرض الى صاحبه ثم يرد هو بدله الى بيت المال.

(١٦) في نسخة ((ب)): ولا تبرع.

(١٧) أى فدل على أنه استقرضه لنفسه من بيت المال ثم تصرف فيه تصرفا يختص الملك فتبرع بالرباعية مقابل البكرة من الابل.

(١٨) في نسخة ((ب)): ثبت.

(*) فانه يجوز أن يجعل صداقها كذا من الابل في ذمته.

(١٩) حيث تثبت في القرض، وهو معنى يتعلق بالذمة.

بجامع انه عين تثبت في الذمة في الصداق في كل من الاصل وهو الحبوب والفرع وهو الحيوان والثياب.

ولما كان حكم الاصل هو جواز القرض في الحبوب لثبوتها في الصداق، كان حكم الفرع كذلك فيجوز القرض في الحيوان والثياب أينما لذلك.

(٢٠) هذا جواب لسؤال متوهم من الخصم بأن هذه العلة توجب عليكم القول بعدم صحة قرض المنافع. فقال: لا يلزم من اثباتنا صحة القرض في الثياب والحيوان لثبوتها في الذمة في الصداق، أن يبطل القرض في المنافع، لاننا قلنا في التعليل انهما عين، وهذا القيد وصف لحال قائمة وليس احترازا بها عن المنافع، فلا يلزم الاعتراض المذكور، وأنظر قليوبى في جواز القرض في المنافع لجوازه في السلم. ج٢ص٢٤٦.

كالحبوب ،(٢١) ولان ما جاز استقراضه للفقراء جاز لغيرهم ،كالحبوب.(٢٢)

فان قيل : الفقراء يثبت لهم مثله(٢٣) فى الزكاة.(٢٤)

قيـــل : والمرأة يثبت لها مثله(٢٥) فى الوصية ،(٢٦) وفى الصداق ،(٢٧) ثم لا يجوز.

---

(٢١) حيث تثبت بعقد القرض لثبوتها بعقد السلم.

بجامع ثبوته فى الذمة بعقد السلم فى كل من الاصل

وهو الحبوب والفرع وهو الحيوان والثياب.

ولما كان حكم الاصل هو ثبوت عقد القرض فى الحبوب لثبوتها فى عقـــــد

السلم كان حكم الفرع كذلك فيثبت عقد القرض فى الحيوان والثيـــــاب

لثبوتها فى عقد السلم أيضا.

(٢٢) حيث يجوز استقراضها للفقراء ولغيرهم.

بجامع جواز استقراضه للفقراء ، فى كل من الاصل وهو الحبوب والفـــــرع

وهو الثياب والحيوان.

ولما كان حكم الاصل هو جواز استقراض الحبوب لغير الفقراء ،

كان حكم الفرع كذلك فيجوز استقراض الثياب والحيوان لغير الفقراء أيضا لذلك.

(٢٣) أى مثل المال المستقرض - باسم المفعول - وهو الحيوان والثياب.

(٢٤) أى ولذلك جاز الاستقراض لهم لان لهم مثله فى مال الزكاة.

(٢٥) أى مثل الموصى به ومثل الصداق.

(٢٦) أى أن المرأة اذا أوصى لها او أصدقها ،ثم ماتت قبل ان تتســـلمه،

ليس لها ان تتصرف فيه قبل القبض بقرض أو غيره.

(٢٧) بمعنى أن الزوج لو اصدق المرأة حيوانا فى ذمته فانه لا يجوز لهـــا

أن تستقرض على هذا الحيوان اعتمادا على ثبوت مثلها فى الصداق. بينما

يجوز الاستقراض على مال الفقراء لثبوت مثله لهم فى الزكاة ، فاختلـــف

الحكم مع كون الوصف فيهما واحدا فثبت ان هذا الوصف لا تأثير لـــــه

فى الحكم فى المسألتين.

قالوا : القرض[٢٨] يقتضى رد المثل وهذا[٢٩] لا مثل له[٣٠] ، فصار كالجواهر والجوارى[٣١] .

قلنا : القيمة أحد المثلين[٣٢] ، ثم لممثل فى العقود[٣٣] ، ولهذا اذا وصفه فى السلم طولب به[٣٤] ، بخلاف الجواهر[٣٥] ، وانما لا مثل له فى الاتلاف[٣٦] ، لانه

---

(٢٨) سقط لفظ (القرض) من نسخة ((ب)) .

(٢٩) أى الحيوان والثياب .

(٣٠) أى وانما فيه القيمة . أى والقرض يكون فى المثليات دون القيميات ، لامكان رد المثل فى الأولى دون الثانية .

(٣١) حيث لا يجوز قرضتها .
بجامع انعدام المثلية فى كل من الاصل وهو الجواهر والجوارى والفرع وهو الحيوان والثياب .
ولما كان حكم الاصل تحريم قرض الجواهر والجوارى كان حكم الفرع كذلك فلا يجوز قرض الحيوان والثياب أيضا لذلك .

(٣٢) أى فليس المثلية مقصورة على محاكاة الشكل بل تساوى القيمتين يعتبر من المماثلة .

(٣٣) كما فى بيع الغائب يبيعه على الصفة ، وكذا بيع السلم .

(٣٤) أى بتسليم مثل الحيوان أو الثياب التى وصف .

(٣٥) حيث لا يمكن وصفها لتفاوت ما بين افرادها تفاوتا لا تنضبط به فمنع السلم فيها واقراضها لذلك .

(٣٦) أى اذا اتلف الحيوان أو الثياب لا يجب عليه المثل وانما نوجب عليه القيمة .

لا حاجة به الى الاتلاف،(٣٧) فغلظ عليه بالقيمة، لانها أخص(٣٨) وبه حاجة الى القرض فسومح فيه،(٣٩) واما الجوارى فيجوز استقراضها لمن لا يملك وطأهن،(٤٠) ولا يجوز لمن يملك، لانه ملك ضعيف، يملك كل واحد منهما فسخه، والوطؤ لا يجوز في ملك ضعيف، كملك المكاتب،(٤١) ولان القرض أخذ شبها من العارية،(٤٢) فيؤدى الى حصول(٤٣) البذل في البضع في الجوارى.(٤٤)

---

(٣٧) أى فكان متعديا باتلافه.

(٣٨) أى من الضمان بالمثل، لان في المثل يلزمه قبول أى حيوان مماثل للذى اتلفه وان كان أقل قيمة منه، واما في القيمة فيجب على المتلف اداء قيمة مااتلفه وان كانت أكثر من ثمن المثل، لكون المراعى في القيمة الصفات الباطنة والظاهرة في المتلف واما الضمان في المثلى فالمراعى فيه الصفات الظاهرة فقط فيعم جميع افراد الجنس، فكان الضمان بالقيمة أخص منه بالمثل ولذلك يحكم بمهر المثل عند فساد المسمى تسوية لها مع مثيلاتها

(٣٩) أى فاختلف القرض عن الاتلاف لذلك ولا قياس مع الفارق.

(٤٠) كما لو كانت اختا لزوجته أو كانت مجوسية أو وثنية أو كان قد طلقها ثلاثا. أنظر القليوبى جـ٢ ص٢٥٨.

(٤١) حيث لا يجوز له وطء مملوكته، لضعف ملكه لها، لان المكاتب عبد وان بقى عليه درهم. أنظر شرح المحلى جـ٤ ص٣٦٧.

(٤٢) من حيث ان فيه ردا للمال في كل منهما.

(٤٣) في نسخة ((ب)) : دخول البذل. / ومافي الاصل أولى.

(٤٤) في نسخة ((ب)) : فمنعه في الجوارى. / بمعنى ان السبب في منع قرض الجوارى هو انه يؤدى الى اعارة الجوارى للوطء وفي هذا بذل للبضع، والابضاع يحتاط لها، ولا كذلك القرض في الحيوان والثياب. واذ قد ثبت بينهما الفارق المذكور، فقد صح ان قياس أحدهما على الاخر باطل.

* مســـألة (٩٠) : يجوز السلم في اللحم (١) ٠/ ١٤٨ ى ٠

وقال أبو حنيفة : لا يجوز (٢) .

لنـــا : أنه (٣) مضبوط بالصفة يجوز بيعه ، فجاز السلم (٤) في جنسه ، كالشحم (٥) .

---

(١) أي اذا كان اللحم السلم فيه موجودا ببلد من البلدان لا يختلف في الوقـــت الذى يحل فيه . أى مع بيان الجنس والنوع والوصف والقدر .

وأنظر المسألة في : الام جـ٣ ص ١١٠ . المختصر ص٩١ . المنهاج ص٥٣ .

وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى جـ٢ ص٢١٤ . كشاف القناع جـ٣ص٢٧٦ .

المغني جـ٤ ص ٢١١ .

واليه ذهب المالكية : الشرح الصغير جـ٢ص١٠٠ ، الجواهر جـ٢ص٧١ .

شرح المنح جـ٣ ص ٢٥ .

وبه يقول ابن حزم : المحلى جـ١٠ ص٥٦ .

(٢) خلافا للصاحبين حيث اجازاه ان بين جنسه ونوعه وسنه وموضعه وصفتــــه وقدره ، كقوله : شاة خصبي ثني سمين من الجنب أو الفخذ مائة رطـــــل .

لانه موزون مضبوط الوصف .

أنظر الهداية جـ٦ ص ٢١٥ . التبيين جـ٤ ص١١٣ . مجمع الانهر جـ٢ص٩٩ .

(٣) سقط لفظ (انه) من الاصل .

(٤) في نسخة ((ب)) : فجاز في الجنس كالشحم .

(٥) حيث يجوز السلم في جنسه .

بجامع الضبط بالصفة في كل من الاصل وهو الشحم ، والفرع وهو اللحـــم ولما كان حكم الاصل جواز السلم في الشحم لانضباطه بالصفة وجـــــواز بيعـــه ، كان حكم الفـــرع كذلك ، فيجوز السلم في اللحـــم أيضـــا لذلك .

قالوا : المقصود (٦) مجهول ، لما فيه من العظم (٧)، فصار كالسلم في الرؤوس (٨).

قلنا : المقصود بالتمر (٩) أيضا مجهول لما فيه من النوى ، ويجوز السلم فيه (١٠).

قالوا : السمن (١١) يتفاوت (١٢) فلا يضبط (١٣).

قلنا : يبطل بالجودة في الثوب، فانه يتفاوت (١٤)، ثم يجوز السلم فيه (١٥).

---

(٦) أي الكمية المقصودة بالسلم من اللحم مجهولة .

(٧) لانه يقل في بعض اجزاء الحيوان ويكثر في آخر فلا يعلم مقدار اللحم فيه .

(٨) حيث لا يجوز السلم فيها ،
لانه لا يدرى قدر اللحم فيها فيصير قدر المسلم فيه مجهولا فلا يجوز
أنظر التبيين جـ٤ ص ١١٢ .
والجامع في القياس المذكور جهالة المقصود بالسلم في كل من الاصل وهو الرؤس والفرع وهو اللحم .
ولما كان حكم الاصل عدم صحة السلم في الرؤوس كان حكم الفرع كذلك فلا يجوز السلم في اللحم أيضا لذلك .

(٩) في نسخة ((ب)) : بالثمر . / بالمثلثة .

(١٠) أي فهي جهالة غير مؤثرة لان العادة جرت بالتساهل بمثلها .

(١١) بكسر السين وفتح الميم .

(١٢) أي بين حيوان وآخر وان اتحدا في الجنس والنوع .

(١٣) أي والسلم يعتمد الضبط في المسلم فيه ، لمنع وقوع النزاع عند التسليم في المحل .

(١٤) أي بين ثوب وثوب وان كان من نوعه .

(١٥) فدل على أن التفاوت في الأوصاف التي لا يختلف لها الغرض لا تؤثر في صحة السلم في اللحم أيضا .

* مسـألة (٩١) : يجوز السلم فى الاثمان(١) . / ١٤٨ ى .

وقال أبو حنيفـة : لا يجوز.(٢)

لنـا : هو(٣) أن ماثبت فى الذمة فى(٤) الصداق ، جاز السلم فيه ، كالحبوب.(٥)

---

(١) أى الخالصة غير المشوبة أو المغشوشة ، لانضباطها ، ويكون رأس المـال غيرهـا .

والاثمان جمع ثمن ، وثمن الشئ ماستحق به ذلك الشئ ، وهى مفتوحـة الاول والثانى ، وتجمع أيضا على أثمن ، كأنهر . أنظر القاموس جـ٤ ص٢٠٧ ، وفى المصباح جـ١ ص٩٣ : واثمن . قليل . مثل جبل واجبل . أهـ .

والقول بجواز السلم فى الاثمان هو الاصح عند الشافعية .

أنظر شرح المحلى جـ٢ ص٢٥٥ . فتح العزيز جـ٩ ص٣١٦ .

وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى جـ٢ ص٢١٥ . كشاف القناع جـ٣ ص٢٧٨ .

المغنى جـ٤ ص٢٢٦ .

واليه ذهب المالكية : الشرح الصغير جـ٢ ص٩٥ . الجواهر جـ٢ ص٦٨ .

شرح المنح جـ٣ ص١١ .

وبه يقول ابن حزم : المحلى جـ١٠ ص٥٥ .

(٢) الهداية جـ٦ ص٢٠٦ . التبيين جـ٤ ص١١١ . مجمع الانهر جـ٢ ص٩٨ .

(٣) سقط لفظ (هو) من نسخة ((ب)) .

(٤) فى نسخة ((ب)) : والصداق . / ومافى الاصل هو الصواب .

(٥) حيث يجوز السلم منها قطعا .

بجامع الثبـوت فى الذمة فى الصداق ، فى كل من الاصل وهو الحبوب والفـرع وهو الاثمان .

ولما كان حكم الاصل هو جواز السلم فى الحبوب ، كان حكم الفرع كذلـك فيجوز السلم فى الاثمان أيضا لذلك .

قالوا : هى أثمان (٦) ، فلا يجوز ان تصير مثمنة .

قلنا : يجوز ذلك ، كما يجوز أن تصير العروض (٧) اثمانا فى السلم وهو مثمنة (٨) .

قالوا : اسلام فى الاثمان ، فلم يجز (٩) ، كما لو اسلم فيها الاثمان (١٠) .

قلنا : لان هناك (١١) الثمن والمثمن يشتركان فى علة الربا ، فهو كاسلام الحنطة فى الشعير (١٢) ، وهاهنا (١٣) لا يشتركان ، فهو كاسلام الاثمان فى الثياب (١٤) .

---

(٦) أى وحق الاثمان أن تقوم بها الاشياء ، لا ان تقوم هى بغيرها من العروض .

(٧) وهى ماعدا الاثمان . وهى جمع عرض بسكون الراء مثل فلس وفلوس . وقال أبو عبيد : العروض هى الامتعة التى لا يدخلها كيل أو وزن ولا تكون حيوانا ولا عقارا . أنظر المصباح جـ٢ص٥٣ .

(٨) أى والحال انها مثمنة ، أى فاذا جاز ذلك فى العروض ، جاز فى الاثمان أيضا .

(٩) لان فيه قلبا لوضع الثمن فى الاصل ، اذ الاصل تقويم الاشياء بالثمن لا العكس

(١٠) كأن يسلم ذهبا بفضة أو العكس ، أو بمثله ، فلا يجوز لدخول ربا النساء فيها .
والجامع فى القياس المذكور هو انه اسلام فى الاثمان ، فى كل من الاصل وهو مالو اسلم فيها الاثمان ، والفرع وهو مالو اسلم فى الاثمان .
ولما كان حكم الاصل عدم الجواز فيه ، كان حكم الفرع كذلك فلا يجوز السلم فى الاثمان أيضا لذلك .

(١١) أى فيما لو اسلم فيها الاثمان ، بأن اسلم ذهبا بفضة أو العكس أو بمثله .

(١٢) حيث لا يجوز لانه يؤدى الى ربا النساء ، لكون الحنطة والشعير من الاصناف الربوية ، اذ هما مطعومان وقد اختلف جنساهما ، ولذلك جاز فيهما التفاضل وحرم فيهما النساء .
والجامع فى القياس المذكور هو اشتراك الثمن والمثمن فى علة الربا فى كل من الاصل وهو مالو اسلم حنطة فى شعير ، والفرع وهو اسلام الاثمان .
ولما كان حكم الاصل هو تحريم اسلام الحنطة فى الشعير لاشتراكهما فى علة الربا كان حكم الفرع كذلك فلا يجوز اسلام الذهب بالفضة والعكس أو بمثله أيضا لذلك .

(١٣) أى فى الاسلام فى الاثمان بأن كان رأس المال من غير الاثمان .

(١٤) حيث يجوز الاسلام فيها قطعا .
بجامع عدم الاشتراك فى علة الربا فى كل من الاصل وهو مالو اسلم الاثمان =

* مسـألة (٩٢) : لا يجوز السلم في الجوز[1] والبيض عددا[2] . / ١٤٨ ى .
وقال أبو حنيفة : يجـوز[3] .

= في الثياب والفرع وهو مالو اسلم في الاثمان .
ولما كان حكم الاصل هو صحة اسلام الاثمان في الثياب .
كان حكم الفرع كذلك فيجوز الاسلام في الاثمان اذا كان رأس المال من غير الاثمان أيضا لذلك .
والمراد ابطال قياسهم المذكور باثبات الفارق بين الاصل والفرع فيه .

(١) الجوز بفتح فسكون : فارسي معرب، الواحدة جوزة والجمع جوزات . أ هـ . المختار ص ١١٧ .
ومحل الخلاف هنا: هو ما اذا كان الجوز أو البيض متحد الجنس ، كبيض الدجاج أو بيض النعام ، وكذا الجوز الشامي أو جوز الهند فان اختلف الجنس كجوز شامي وجوز هندي فلا يصح قطعا للتفاوت الكبير فيها .
أنظر فتح القدير جـ٦ ص ٢٠٨ .

(٢) أي بل يوزن وزنا ، ويصح في الجوز كيلا أيضا في الاصح . أنظر شرح المحلى جـ٢ ص ٢٥٠ . الام جـ٣ ص ١٢٧ . الوجيز جـ١ ص ١٥٥ . شرح المحلى : جـ٢ ص ٢٤٩ .
وهو قول ابن حزم لأنه لا يجيز السلم في المعدود بل يقصره على المكيل والموزون فقط . أنظر المحلى جـ١٠ ص ٤٥ .

(٣) أي يجوز عددا وكيلا ووزنا ، وعن أبي حنيفة رواية أخرى بمنع السلم في بيض النعام عددا للتفاوت بينها .
خلافا لزفر في احدى الروايتين عنه انه لا يجوز عددا ولا كيلا .
الهداية جـ٦ ص ٢٠٧ . التبيين جـ٤ ص ١١١ . مجمع الانهر جـ٢ ص ٩٨ ، حيث زاد ذكر الوزن .
وهو قول الحنابلة : كشاف القناع جـ٣ ص ٢٨٥ . المغني جـ٤ ص ٢١٨ . وذكر في المقنع ص ١١٣ ان : في المعدود المختلف غير الحيوان روايتين احداهما =

لنـــا : هو ان التفاوت فيها[٤] يكثر، فأشبه الرمان والسفرجل[٥].

قالوا : مابين الجوزتين لا يدخل فى التقويم[٦]، فلا يعتد به[٧]،

قلـــنا : الا أنه اذا كثر[٨] دخل[٩] فى التقويم وتفاوت[١٠].

= يسلم فيه عددا والاخرى وزنا ،وقيل يسلم فى البيض والجوز عددا وفـــى الفواكه والبقول وزنا .أهـ .

والمذهب المالكية : الشرح الصغير جـ٢ ص٩٩. الجواهر جـ٢ ص٧٠ . شرح المنح جـ٣ ص٢١ .

(٤) أى بين افرادها .

(٥) بفتح الأول والثانى وتسكين الثالث ، وهو ثمر قابض مقو، مدر مشـــــه ، مسكن للعطش ،اذا اكل على الطعام اطلق البطن ،وانفعه ماقـــــور وأخرج حبه وجعل مكانه عسل وطين وشوى . ويجمع على سفارج والواحـدة سفرجلة . أنظر القاموس جـ٣ ص ٣٩٦ باب اللام فصل السين .

والجامع فى القياس المذكور هو كثرة التفاوت بين افراده فى كل من الاصـــل وهو الرمان والسفرجل ، والفرع وهو الجوز والبيض .

ولما كان حكم الاصل عدم صحة السلم فى الرمان والسفرجل عددا ،كـــان حكم الفرع كذلك فلا يجوز السلم فى البيض والجوز عددا أيضا لذلك .

(٦) لقلته وتسامح الناس فيه عادة .

(٧) أى فلا يؤثر فى صحة السلم به عددا .

(٨) أى عدد المسلم فيه منه أى من البيض والجوز .

(٩) أى مابينها من التفاوت .

(١٠) فى نسخة ((ب)) : فى الرفوع ويتفاوت . / ولعلها الدفوع ،بالدال المهملة ومعناها التقويم .

* مسـألة (٩٣) : لا يجوز استصناع[1] الخفاف[2]. /١٤٨ ى.

وقال أبو حنيفة : يجوز استحسانا[3].

لنـا : انه بيع ما ليس عنده على غير وجه السلم[4]، فأشبه استصناع

---

(١) استفعال من الصنع وهو العمل، وهو أن يقول لصانع الخف: اصنع لي خفا طوله كذا وسعته كذا بكذا، ويعطي الثمن المسمى أولا يعطي شيئا فيعقد الاخر معه. أنظر فتح القدير جـ٦ ص ٢٤١.

(٢) لانه لا يجوز السلم فيها لعدم انضباطها ولاشتمالها على الظهارة والبطانة والحشو. والعبارة تضيق عن الوفاء بذكر اطرافها وانعطافاتها. أنظر شرح المحلي جـ٢ ص ٢٥١. زاد في مغني المحتاج جـ٢ ص ٢٠٩: اما الخفاف المتخذة من شئ واحد، ومثلها النعال، فيصح السلم فيها ان كانت جديدة واتخذت من غير جلد، كالثياب المخيطة والامتعة. أهـ.

(٣) في نسخة ((ب)) : استحبابا. / أي والقياس يقتضي بطلانه لانه بيع المعدوم الا انه جاز دفعا للضرورة فيه.
وقد خالف زفر في ذلك فمنع الاستصناع في الخف.
أنظر: الهداية جـ٦ ص ٢٤١. التبيين جـ٤ ص ١٢٣. مجمع الانهر: جـ٢ ص ١٠٦.
وذهب المالكية الى جواز الاستصناع بشرط ان لا يعين العامل الذي سيصنعه، كأن يقول: على أن يصنعه فلان، ولا يعين المادة المعمول منها والا فسد العقد.
أنظر: الشرح الصغير جـ٢ ص ١٠٣. الجواهر جـ٢ ص ٧٣. شرح المنح جـ٣ ص ٣٦.

(٤) لانه في السلم يشترط فيه تسليم رأس المال في المجلس بخلافه في الاستصناع وفي السلم يجبر المسلم اليه على دفع المسلم فيه في محله ولا كذلك في الاستصناع حيث لا يجبر على العمل، ولا يجبر المستصنع على اعطاء الاجر وان صنع له الخف أو غيره. أنظر التبيين جـ٤ ص ١٢٣.

الشـــقاق .(٥)

قالوا : قد جرت العادة بفعله من غير نكير.(٦)

قلـــنا : نحن ننكر ذلك ،(٧) ثم يبطل ذلك باستقراض الخبز والخمــير(٨) والاستئجار على فعل الحج وتعليم القرآن باجرة.(٩)

---

(٥) الشقاق جمع شقة بضم الشين المعجمة وتشديد القاف وهى فى الاصـــل نصف الثوب وان كان قد يسمى الثوب كما هو شقة. أنظر المفردات ص٢٦٤.
والجامع فى القياس المذكور انه بيع ماليس عنده على غير وجه السلم فى كـــل من الاصل وهو استصناع الشقاق والفرع وهو استصناع الخفاف.
ولما كان حكم الاصل عدم جواز استصناع الشقاق لكونه بيع ماليس عنـــده على غير وجه السلم كان حكم الفرع كذلك فلا يجوز استصناع الخفاف أيضـــا لذلك .

(٦) أى وقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم (مارآه المسلمون حســـنا فهو عند الله حسن)
هكذا احتج به فى التبيين جـ٤ ص ١٢٣ . والحديث موقوف على ابن مسعود بسند حسن . رواه البزار والطيالسى والطبرانى وأبو نعيم ،أنظـــــر المقاصد الحسنة ص ٢٦٧ رقم/ ٩٥٩.

(٧) أى جريان العادة بفعله من غير نكير، أى ننكر دعوى الاجماع فى ذلك .

(٨) حيث لا يجوز استقراضهما عندهم ،أنظر الهداية جـ٦ ص ١٧٦ ، مـــع عدم نكير الناس على استقراضه .

(٩) حيث لا يجوز ذلك عندهم - أنظر الهداية جـ٨ ص ٣٨ - ثم النـــاس تفعله من غير نكير فلم يكن عدم النكير على استصناع الخفاف دليـــلا على جوازه .

* مســـألة (٩٤) : يجوز أن يكون رأس المال جزافا(١) في أحد القولين(٢) . ١٤٨/ى .

وقال أبو حنيفة : لا يجوز في المكيل والموزون(٣) .

لنـــا : هـــو(٤) انه عوض مشاهد في عقد لا يقتضي المماثلة(٥) ، فلا يفتقر الى

---

(١) الجزاف ، بضم الجيم المعجمة وهو كلمة فارسية : اصلها كزاف ، فعربت .
والجزاف : بيع الشيء لا يعلم كيله ولا وزنه ، وهو اسم من جازف مجازفـــة
من باب قاتل ، وهي كلمة معربة خارجـة عن القياس ، قال ابن القطـــاع :
جـزف في الكيل جزفا : أكثر منه ، ومنه الجزاف والمجازفة في البيـــــع
وهو المساهلة . أهـ أنظر المصباح جـ١ ص ١٠٨ .

(٢) وهو اظهرهما . . الوجيز جـ١ ص ١٥٤ . الام جـ٣ ص ١٠٠ . المنهاج :
ص ٥٣ : ورؤية رأس المال تكفي عن معرفة قدره في الاظهر . أهـ .
وهو قول المالكية : الشرح الصغير جـ٢ ص ٩٥ . الجواهر جـ٢ ص ٧٠ .
شرح المنح جـ٣ ص ٥ .

(٣) خلافا للصاحبين . الهداية جـ٦ ص٢٢١ . التبيين جـ٤ ص ١١٦ . مجمع
الانهر جـ٢ ص ١٠١ .
وهو قول الحنابلة : شرح المنهى جـ٢ ص٢٢١ . كشاف القناع جـ٣ص٢٩١
وذكر في المحرر جـ١ ص ٣٣٣ وجها آخر انه يجوز لكنه خلاف المذهب .
وبه يقول ابن حزم لانه منع السلم الا في المكيل والموزون . أنظـــــــر
المحلى جـ١٠ ص ٤٥ .

(٤) سقط لفظ (هو) من نسخة ((ب)) .

(٥) يعني عقد السلم ، والسلم نوع بيـــع ، وذلك احترازا عما يقتضي المماثلة
كعقد الصرف .

معرفة قدره ،كالثمن والاجرة والمهر(٦)، ولا يلزم مافيه الربا(٧) أو القرض(٨) لانه(٩) يقتضى المثل(١٠)، ولان ماجاز أن يكون ثمنا أو أجرة جاز أن يكون رأس المال(١١) فى السلم، كالمسمى(١٢)، ولان ماجاز أن يكون مبيعا جاز أن يكون رأس مال ،كالثوب(١٣).

---

(٦) حيث لا يفتقر صحة العقد فيها الى معرفة قدر المشاهد من الثمن والاجر والمهر، فيصح العقد ، ويرجع عند الاختلاف فى القدر، الى صاحب اليد ، وهو المسلم اليه والمستأجر والولى بايمانهم ، لانهم غارمون .
والجامع فى القياس المذكور هو انه عوض مشاهد فى عقد لا يقتضى المماثلة فى كل من الاصل وهو الثمن والاجرة والمهر ، والفرع وهو رأس مال السلم .
ولما كان حكم الاصل عدم اشتراط معرفة الثمن فى البيع والاجرة فى الاجارة والمهر فى النكاح لصحة العقد كان حكم الفرع كذلك فلا يشترط معرفة رأس المال فى السلم لصحة السلم أيضا .

(٧) حيث يجب معرفة القدر فيه مع كونه عوضا مشاهدا .

(٨) فى نسخة ((ب)) والقرض ./ بدون همزة مع الواو.

(٩) فى نسخة ((ب)) : ولانه ./ أى القرض ، حيث يرد المقترض مثل المال المقترض .

(١٠) أى وعقد السلم لا يقتضيه . أى فاختلف الحكم فيهما لاختلافهما فى الوصف .

(١١) فى نسخة ((ب)) : رأس مال . / ورأس المال منصوب بالفتحة الظاهرة لانه خبر الفعل الناسخ (يكون) واسمه محذوف تقديره هو .

(١٢) أى كرأس المال المسمى ، وهو غير الجزاف، حيث يجوز أن يكون رأس مال فى السلم.
بجامع جواز كونه اجرة أو ثمنا فى كل من الاصل وهو رأس المال المسمى ، والفرع وهو رأس المال الجزاف.
ولما كان حكم الاصل جواز كونه رأس مال ، كان حكم الفرع كذلك فيجوز كون رأس المال جزافا فى السلم أيضا لذلك .

(١٣) حيث يجوز كونه رأس مال فى السلم . لجواز كونه مبيعا بالمشاهدة . =

قالوا : ما يتوهم من الغرر يجعل كالمتحقق في ابطال السلم اذا أمكن التحرز منه ، ولهذا لا يجوز في مكيال يخالف مكاييل الناس (١٤) ، وربما ينفق (١٥) بعض الثمن (١٦) ويستحق بعضه : أو يجدها (١٧) زيوفا (١٨) فيجهل ما يفي من المسلم (١٩) فيه ، فلا يدري ما يرجع اليه (٢٠) .

قلنا : يبطل به اذا اسلم ثوبين في كر (٢١) ، فانه ربما يتلف احدهما

= بجامع جواز كونه مبيعا بالمشاهدة في كل من الاصل وهو الثوب ، والفرع وهو المال الجزاف ولما كان حكم الاصل جواز كون الثوب رأس مال في السلم ، كان الفرع كذلك فيجوز كون رأس المال جزافا في السلم أيضا لذلك .

(١٤) لانه يكون مجهولا لدى العامة من الناس فيتعذر الاستيفاء به اذا تلف ، وذلك مفوت للحكمة التي من اجلها اشترط معرفة القدر وهي عدم وقوع التنازع بين المتعاقدين .

(١٥) في نسخة ((ب)) : نفق ./ بفتح الاول و الثاني أي هلك ، منه قولك : نفق الرجل والدابة اذا ماتا ، وبابه دخل يدخل ، أنظر المختار ص ٦٧٣ .

(١٦) أي رأس المال .

(١٧) أي الدراهم أو الدنانير .

(١٨) أي مغشوشة ، تقول : زافت الدراهم زيوفا : صارت مردودة لغش ، وتقول : درهم زيف بفتح فسكون أي ردىء ، وزائف ، والجمع زياف ، وازياف ، وزاف فلان الدراهم : جعلها زيوفا ، كزيفها . أنظر القاموس ج٣ ص ١٥٠ .

(١٩) في نسخة ((ب)) : من السلم فيه ./ وهو خطأ .

(٢٠) أي فيقع في الغرر والجهالة المؤدية الى التنازع .

(٢١) في المختار ص ٥٦٧ : والكر بالضم : واحد اكرار الطعام . أهـ والكر من وحدات الكيل .

وزاد في القاموس انها تطلق على الكساء . بعد أن ذكر مقدار الكر بقوله : وبالضم ـ أي بضم الكاف ـ مكيال للعراق ، وستة أوقار حمار ، أو هو ستون قفيزا ، أو اربعون اردبا . أهـ القاموس ج٢ ص ١٢٦ . =

ويستحق الاخر ،فلا يدرى في كم يفي ،(٢٢) ثم يصح (٢٣) ، والمعنى في الأصل (٢٤) انـــه يتعذر التسليم بحكم العقد ههاهنا (٢٥) لا يتعذر بحكم العقد ،وانما يتعذر اذ االستحق بعضـــه . (٢٦)

---

* قلـــت : والاردب : جمعه اراد ب ، وهو مكيال ضخم لاهل مصـــــر ، ويعادل ستة وستين ليترا من الماء المقطر أو اثنين وخمسين كيلو جراما واربعة عشر في المائة منه من القمح ، أنظر الايضاح والتبيان ص٧١ .
واما القفيز ويجمع على اقفزة ،ومقداره ستة وثلاثون صاعا من القمح أي مايزن ١١٢ر٢٦ كيلو غراما ،أو ماسعته ٣٣ر٠٥٣ ليترا من الماء .
أنظر الايضاح والتبيين ص ٧٢ .

(٢٢) أي في كم يفي الثوب الاخر الذي تلف اذ لا يدرى كم قيمته .

(٢٣) أي فلم يكن الغرر المحتمل كالمتحقق في ابطال السلم فيه .

(٢٤) أي الغرر المتحقق ، وهو المقيس عليه في قولهم : مايتوهـــم من الغـــرر يجعل كالمتحقق في ابطال السلم اذا امكن التحرز منه .

والمقصود: ان سبب بطلان السلم فيما كان الغرر فيه متحققا هو أنـــه لا يمكن فيه تسليم المسلم فيه بحكم العقد لانه يؤدي الى المنازعة . وهـــذا بخلافه في الفرع المقيـــس أعني ماكان الغرر فيه متوهما اذ لا يتعـــــذر فيـــه التسليم بحكم العقد ،لان العقد فيه صحيح ،واحتمال الغـــــرر طارئ بعده ،فلايجوز ابطال عقد صحيح لاحتمال ان يطرأ عليه مايبطله .

(٢٥) أي في الـــغرر المتوهم .

(٢٦) أي ففارق الفرع الاصل في قياسهم مايتوهم فيه الغـــرر على مايتحقـــق فيـــه ، والقياس مع الفارق باطل .

قالوا : ربما تقايلا (٢٧) فيرد اقل مما أخذ أو أكثر، (٢٨) وذلك ربا (٢٩) .

قلنا : هذا انما يخاف في الاقالة، (٣٠) وهي توجد بعد فسخ السلم ، فلا تقدح في السلم .

قالوا : عوض (٣١) في السلم تعلق العقد بقدره ، فاعتبر ذكر المقدار، كالسلم فيه . (٣٢)

قلنا : لا نسلم، (٣٣) بل تعلق العقد بعينه ، اذ لو تعلق بقدره لم يصح بيع صبرة لا يعرف قدرها (٣٤) ، ولوجب ان لا يتعين

---

(٢٧) تقايلا من الاقالة وهي فسخ العقد ، تقول : أقاله البيع اقالة ، وربما قالوا : قاله البيع ، بغير الف ، وهي لغة قليلة. أنظر المختار ص٥٦٠ .

(٢٨) لان رأس المال ليس معلوم القدر ، فربما زاد عليه في الاقالة أو نقص.

(٢٩) أي فيما اذا رد عليه أكثر من رأس المال الذي أخذه ، وان كان أقل فذاك ربا وكلاهما لا يحل .

(٣٠) أي في حال الاقالة دون حال التلف وغيره. لان عقد السلم يبقى وان تلف بعض رأس المال .

(٣١) أي رأس المال عوض في السلم ، فهو صفة لموصوف محذوف.

(٣٢) حيث يعتبر فيه ذكر المقدار.
بجامع انه عوض في السلم تعلق العقد بقدره في كل من الاصل وهو المسلم فيه والفرع وهو رأس مال السلم .
ولما كان حكم الاصل وجوب معرفة مقدار المسلم فيه ، كان حكم الفرع كذلك فيجب معرفة مقدار رأس المال أيضا ، فلا يجوز كونه جزافا .

(٣٣) ان العوض يتعلق بقدر رأس المال .

(٣٤) لان الثمن حينئذ يكون في مقابل مثمون مجهول . أي والحال انه يجوز بيعها مجهولة القدر ، فدل على أن الثمن متعلق بعين المبيع في البيع ومثله في السلم لانه نوع بيع.

تسليمه (٣٥) ، والمسلم فى الذمة (٣٦) مجهول (٣٧) ، فافتقر الى التقدير (٣٨) كالثمن (٣٩) فى الذمة (٤٠) ، وهذا (٤١) معين ، فهو كالثمن المعين (٤٢) ، يثبته (٤٣) أن المسلم فيه يجب ذكر صفاته (٤٤) ، وهاهنا (٤٥) لا يجب ذكر صفاته (٤٦) .

---

(٣٥) أى تسليم رأس مال السلم فى مجلس العقد . والحال انه يجب تسليمه فيه حذرا من بيع الدين بالدين .

(٣٦) احترازا عن البيع الحاضر ، أعنى بيع الاعيان .

(٣٧) أى من حيث عينه ، وان كان معلوم الصفات لدى المتعاقدين .

(٣٨) فى نسخة ((ب)) : الى التقرير . / وما فى الاصل أولى .

(٣٩) سقط قوله (كالثمن فى الذمة) من نسخة ((ب)) .

(٤٠) حيث يجب تقديره اذا كان متعلقا بذمة المشترى .

بجامع جهالة العين فى كل من الاصل وهو الثمن فى الذمة ، والفرع وهو البيع فى الذمة . أى السلم .

ولما كان حكم الاصل وجوب التقدير فى الثمن المتعلق بالذمة لازالة الجهالة عنه ، كان حكم الفرع كذلك ، فيجب معرفة المسلم فيه أيضا لذلك .

(٤١) أى رأس المال الجزاف .

(٤٢) حيث لا يجب معرفة قدره حينئذ .

بجامع التعيين فى كل من الاصل وهو الثمن المعين والفرع وهو رأس المال الجزاف ، ولما كان حكم الاصل هو عدم وجوب ذكر القدر فى الثمن المعين كان حكم الفرع كذلك ، فلا يجب ذكر القدر فى رأس المال الجزاف لانه معين أيضا لذلك .

(٤٣) أى قياس رأس المال الجزاف على الثمن المعين .

(٤٤) لانه غائب عن مجلس العقد مجهول .

(٤٥) أى رأس المال الجزاف .

(٤٦) لانه مشاهد معلوم .

أى فصح أن رأس المال المتعلق بالذمة يخالف رأس المال الجزاف ، فان =

* مسألة (٩٥) : اذا لم يبين موضع التسليم صح العقد ، ووجب التسليم فى موضع العقد فى أحد القولين(١) / ١٤٨ ش.

وقال أبو حنيفة : ان كان لحمله مؤونة(٢)، لم يصح(٣) .

لنا : انه تسليم مستحق بالعقد ، فلا يجب ذكر موضعه ، كتسليم المبيع وما لا مؤونة لحمله(٤) .

= ذاك مجهول فيجب تعيين القدر فيه ، ولا كذلك رأس المال الجزاف لانه معين ، فكان قياسه عليه قياسا مع الفارق . والقياس معه باطل .

(١) فى الاصل : فى أحد الاقوال . / والصواب ما أثبتناه من نسخة ((ب)) . والمذكور هو أصح القولين . أنظر الوجيز جـ١ ص ١٥٥ . شرح المحلى جـ٢ ص ٢٤٦ .
ومحله: اذا كان الموضع صالحا للتسليم والا وجب البيان .
وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى جـ٢ ص٢٢١ . كشاف القناع جـ٣ ص٢٩٢ . المحرر جـ١ ص ٣٣٤ .
واليه ذهب المالكية : القوانين ص٢٩٦ . الجواهر جـ٢ ص٥٧ . شرح المنح جـ٣ ص ٤٥ .

(٢) أى اجرة ونحوه من المحل الذى يطلب فيه المسلم فيه الى موضع العقد .

(٣) الهداية جـ٦ ص ٢٢١ . التبيين جـ٤ ص١١٦ . مجمع الانهر جـ٢ ص١٠١ .
وذهب ابن حزم الى بطلان السلم جملة اذا اشترطا مكانا معينا لتسليمه وانما يسلمه فى المكان الذى حل الاجل فيه وان كان غير مجلس العقد . أنظر المحلى جـ١٠ ص ٥٥ .

(٤) حيث لا يجب ذكر موضع تسليم المبيع فى البيع ، وما لا مؤونة لحمله فى السلم . والجامع فى القياس المذكور هو انه تسليم مستحق بالعقد فى كل من الاصل وهو تسليم المبيع وما لا مؤونة لحمله ، والفرع وهو تسليم المسلم فيه ان كان فى نقله مؤونة . =

قالوا : معنى يختلف العوض(٥) باختلافه فوجب بيانه ،كمقدار السلم ومقدار الاجل(٦) ؛

قلنا : لانه ليس في ذلك(٧) ما يحمل الامر عليه(٨) ، وفي هذا(٩) ما يحمل عليه(١٠) وهو موضع العقد ،فلم يجب بيانه(١١) ، كبيان جنس الثمن(١٢) .

= ولما كان حكم الاصل عدم وجوب ذكر موضع التسليم في المبيع ومالا مؤونة لحمله ،أي فيجب تسليمه في موضع العقد كان حكم الفرع كذلك فيجب تسليم المسلم فيه في محل العقد ان لم يشترطا موضعا غيره .

(٥) في الاصل : يختلف الغرض. / وهو تحريف . وانما يختلف العوض باختلاف محل التسليم لاختلاف المؤونة وتفاوتها في نقل المسلم فيه .

(٦) حيث يجب بيان مقدار المسلم فيه ،كيلا أو وزنا أو عددا ،ويجب بيان مقدار الاجل أيضا .
بجامع انه معنى يختلف العوض باختلافه في كل من الاصل وهو مقدار السلم ومقدار الاجل ،والفرع وهو موضع التسليم في السلم .
ولما كان حكم الاصل وجوب بيان مقدار السلم والاجل لاختلاف العوض باختلافه كان حكم الفرع كذلك فيجب بيان موضع التسليم في السلم أيضا لذلك .

(٧) أي في معرفة مقدار السلم والاجل .

(٨) أي فليس ثمة مايرجع اليه عند الاختلاف فيه ،فوجب بيانه قطعا للنزاع.

(٩) أي في حال عدم ذكر موضع التسليم في السلم .

(١٠) في نسخة ((ب)) : مايحمل الامر عليه .

(١١) أي فاختلف الاصل والفرع في قياسهم لذلك ، والقياس مع الفارق باطل .

(١٢) حيث لا يجب بيانه لانه يحمل على الثمن الغالب في بلد البيع، فان لم يكن ثمن غالب ، وجب البيان .
بجامع وجود ما يحمل الامر عليه في كل من الاصل وهو مالو باع ولم يبين جنس الثمن ، والفرع وهو مالو اسلم ولم يبين موضع التسليم .
ولما كان حكم الاصل هو عدم وجوب بيان جنس الثمن في البيع لحمله على =

قالوا : التسليم لا يختص بموضع العقد ، كما نقول في البيع[13]، واذا لم يختص وجب بيانه[14].

قلنا : المبيع[15] ملك للمشتري[16] ؛ فلو وجب على البائع تسليمه[17]، استحق عليه[18] منفعته[19] ، والمسلم في السلم لا يملكه المشتري الا بالقبض ، فلا يستحق على[20] البائع منفعته[21].

= غالب ثمن أهل البلد ،كان حكم الفرع كذلك فلا يجب بيان موضع التسليم في السلم لانه يحمل على موضع عقد السلم أيضا لذلك .

(١٣) من انه لا يختص التسليم فيه بموضع العقد .

(١٤) أي بيان موضع التسليم .

(١٥) في نسخة ((ب)) : لان المسلم في البيع ملك للمشتري . / وما في الاصل أوضح .

(١٦) أي يملكه بالعقد وان لم يقبضه . أي فلا يشترط فيه بيان موضع التسليم .

(١٧) أي تسليم المبيع في مجلس العقد .

(١٨) أي استحق البائع على المشتري .

(١٩) في نسخة ((ب)) : منفعة . / والضمير في منفعته عائد الى المبيع، والمراد به زوائده الحاصلة بعد العقد وقبل القبض. أي والحال انه لا يستحق البائع على المشتري منفعة المبيع بل هي عائدة الى المشتري ،لانه قد ملك المبيع بمجرد العقد ،فلا يجب على البائع تسليم المبيع في مجلس العقد . أنظر المنهاج ص ٤٨ .

(٢٠) في نسخة ((ب)) : فلا يستحق عليه البائع منفعة . / وفاعل الاستحقاق المسلم .

(٢١) أي منفعة المسلم فيه ، وهي زوائده ، اذ هي باقية قبل القبض على ملك المسلم اليه .

والمراد اثبات ان في قياسهم السلم على البيع في عدم اختصاص التسليم فيه =

* مسألة (٩٦) : اذا حصل للمسلم اليه طعام عند رب السلم ، فقال له اقبضه عما لك (١) ، فقبضه ، لم يصح القبض (٢) . / ١٤٨ش.
وقال أبو حنيفة يصح (٣) .

= بموضع العقد ، قياسا مع الفارق ، لان المسلم فيه لا يتملك الا بالقبض بخلاف المبيع حيث يتملك بمجرد العقد . أى والقياس مع الفارق باطل .

(١) أى عما لك عندى من الطعام الذى اسلمت الى فيه .

(٢) لانه حوالة فى دين لم يستقر بعد ، لان السلم عوضة للفسخ ، بخلاف الحوالة فى دين مستقر كثمن مبيع وقرض ومهر بعد الدخول واجرة استوفى نفعها ان كانت الاجرة عن عمل كخياطة ثوب ، أو فرغت مدتها كاجارة دار شهرا وكذا ارش جناية وقيمة متلف ، وكذا جعل بعد عمل .
أنظر المسألة فى : المجموع جـ١٢ ص١٦٩ .
وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى جـ٢ ص ٢٢٣ . كشاف القناع جـ٣ ص٢٩٣ المغنى جـ٤ ص ٢٢٨ .
ويشبه أن يكون هذا قول المالكية أيضا لانهم اجازوا بيع المسلم فيه قبل قبضه مالم يكن طعاما كما هنا ، والحوالة به أولى من بيعه فى المنع منه .
أنظر القوانين ص ٢٩٦ . الجواهر جـ٢ ص٧٥ . شرح المنح جـ٣ ص٤٤ .
ولعله قول ابن حزم أيضا فانه لا يجيز بيع المسلم فيه قبل قبضه ، أى لا يجيز التصرف فيه قبل القبض والحوالة به تصرف فيه قبل القبض فلا يصح .
انظر المحلى جـ١٠ ص٦٥ .

(٣) حاشية الشلبى جـ٤ ص١١٨ : ويجوز الحوالة والكفالة بالمسلم فيه ، لانه دين مضمون كسائر الديون وقبضه من المسلم اليه بعينه ليس بشرط . وانظر الدر المنتقى جـ٢ ص ١٠٣ .

لنـــا : هـــو[4] انه قابض لنفســـه[5] باذن غيره ، فأشبه اذا قال رب السلم للمسلم اليه اقبض مالى فى ذمتك[6] .

قالوا : استوفى لنفسه باذنه[7] ، فأشبه اذا قال : خذ من فلان[8] .

قلـــنا : هناك[9] قبض من غيره ، وهاهنا[10] قبض من نفسه ، وحكم الأمريــن

---

(٤) سقط اسم الاشارة (هو) من نسخة ((ب)) . / والضمير فى (انه) عائـــد الى المسلم .

(٥) فى نسخة ((ب)) : من نفسه .

(٦) حيث لا يجوز . بجامع ان كلا قابض لنفسه باذن غيره ، اما الاصل فهــــو مالو قال رب السلم للمسلم اليه اقبض مالى فى ذمتك ، والفرع وهو مالو قال المسلم اليه للمسلم قبض مالى فى ذمتك .
ولما كان حكم الاصل بطلان قبض المسلم اليه مافى ذمته للمسلم بامره كـــان حكم الفرع كذلك فيبطل قبض المسلم ماللمسلم اليه فى ذمته بامره أيضا لذلك .

(٧) أى باذن من عليه الحق ، وهو المسلم اليه هنا .

(٨) أى بان احاله على فلان حيث يصح قبضه منه .
بجامع انه استيفاء للنفس باذن من عليه الحق فى كل من الاصل وهو مالـــو قال المسلم اليه للمسلم خذ من فلان ، والفرع وهو مالو قال المسلم للمسلم اليه اقبض مالى فى ذمتك .
ولما كان الحكم فى الاصل جواز احالة المسلم اليه المسلم على شخص لاستيفاء المسلم فيه منه
كان حكم الفرع كذلك فيجوز للمسلم قبض المسلم بامر المسلم اليه أيضا لذلك .

(٩) فيما لو احال المسلم اليه المسلم على شخص آخر لقبض المسلم فيه منه .

(١٠) أى فيما لو أمر المسلم اليه المسلم بقبض المسلم فيه من نفسه .

مختلف (١١)، ولهذا لو سلم (١٢) المسلم اليه مافي ذمته الى غيره (١٣)، باذن رب السلم (١٤) جاز (١٥)، ولو كاله الى نفسه (١٦) باذنه (١٧)، لم يجز (١٨).

* مسألة (٩٧) : اذا أحضر ثوبا اجود مما اسلم فيه (١) على أن يزيده درهما لم يجز (٢). / ١٤٨ ش.

---

(١١) حيث يجوز القبض من الغير ولا يجوز من النفس لاتحاد القابض والمقبض حينئذ .

أي فلا يصح قياس احدهما على الآخر، للفارق المذكور.

(١٢) في نسخة ((ب)) : لو اسلم .

(١٣) أي الى غير المسلم .

(١٤) وهو المسلم أي صاحب الثمن .

(١٥) لانها حوالة صحيحة لكونها في ملك قد ثبت واستقر بوجود المسلم فيه وحلوله .

(١٦) في نسخة ((ب)) : ولو وكله . / والضمير البارز في (ولو كاله) عائد الى المسلم فيه والمستتر عائد الى المسلم .

(١٧) أي باذن المسلم اليه ، أي عند التسليم .

(١٨) لان اكتياله لنفسه لا يكون قبضا ، لاتحاد القابض والمقبض في هذه الصورة .

(١) في نسخة ((ب)) : اسلم منه . / وهو تصحيف .

(٢) في المنهاج ص٥٤ : لا يصح أن يستبدل عن المسلم فيه غير جنسه ونوعه وقيل يجوز في نوعه ولا يجب ويجوز اردأ من المشروط ولا يجب ويجوز اجود ويجب قبوله في الاصح .أهـ .

قال القليوبي جـ٢ ص٢٥٦ : قوله : ويجب قبوله ، أي ان لم يكن عليه ضرر في قبوله . أهـ وفي زيادة الثمن ضرر عليه .

وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى جـ٢ ص٢١٨ .كشاف القناع جـ٣ ص٢٨٤ ، المغني جـ٤ ص٢٣١ .

وبه يقول المالكية : حاشية الدسوقي جـ٣ ص٢٢٢ .

وقال أبو حنيفة : يجــوز.(٣)

لنـــا : انــه(٤) صفـة ، فلم يجــز(٥) أخذ العوض عنها ، كالجودة في المكيـــل والموزون.(٦)

قالوا : زيادة غير مستحقة(٧) فيما يجوز بيعه بمثله وزيادة(٨) درهم ، فجـــاز أخـــذ البدل عنها كما لو أحضر ثوبين(٩) ، أو احضـــر بنت لبـــون(١٠) بدل بنـــت

---

(٣) لم أجد قوله في مظانه.

ولم أجد لابن حزم في هذه المسألة قولا أيضا.

(٤) أي الاجودية في الثوب.

(٥) في نسخة ((ب)) : فلم يجوز./ بالبناء للمجهول مع تضعيف الواو.

(٦) حيث لا يجوز أخذ العوض عنها ، لان الجودة لا قيمة لها عند المقابلـــة بالجنس في الاموال الربوية.

بجامع انها صفة في كل من الاصل وهو الجودة في المكيل والموزون.

والفرع وهو الجودة في الثوب ، وهو من المذروعات.

ولما كان حكم الاصل عدم جواز أخذ العوض عن الجودة في المكيل والموزون لانها صفة فيه أي والجودة في الصفة لا يقابلها شئ من الثمن عند اتحـــاد الجنس، كان حكم الفرع كذلك، فلا يجوز أخذ الدرهم عوضا عن الجودة فـــي الثوب المسلم فيه أيضا لذلك.

(٧) في نسخة ((ب)) : غير متحققة./ وهو تحريف.

(٨) في نسخة ((ب)) : أو/ بزيادة الهمزة مع الواو.

(٩) أي بدل الثوب الواحد المستحق. أي وطالب بثمن الثوب الثاني حيـــث يجوز دفع الزيادة فيه للثوب الثاني.

(١٠) وهي ما اتى عليه سنتان من الابل ودخلت في الثالثة فصارت امها لبونا أي ذات لبن لانها تكون قد حملت حملا آخر ووضعته. أنظر النهاية ج٤ ص٢٢٨.

مخـــاض[(١١)] فى الزكـــاة[(١٢)].

قلـــنا : الثـــوب عين[(١٣)] ، فهو كزيادة قفـــيز[(١٤)]، وهـــذه[(١٥)] صفـــة فهـــو

---

(١١) المخاض اسم للنوق الحوامل ، واحدتها خَلِفَة ،وبنت المخاض وابـــن المخاض ما دخل فى السنة الثانية ، لان امه قد لحقت بالمخاض أى الحوامل وان لم تكن حاملا ، . . . وانما سمى ابن مخاض فى السنة الثانية لان العرب انما كانت تحمل الفحول على الاناث بعد وضعها بسنة ليشتد ولدهـــا ، فهى تحمل فى السنة الثانية وتمخض ،فيكون ولدها ابن مخاض. أهـ النهاية جـ٤ص٦ ٣٠ .

(١٢) حيث يجوز ذلك ويعطى الزيادة مراعاة لفضل بنت اللبون على بنـــت المخاض .

بجامع ان كلا زيادة غير مستحقة فى كل من الاصل وهو مالو احضر ثوبـــين بدلا من ثوب أو احضر بنت لبون بدلا من بنت المخاض ،والفرع وهو مالـــو أحضر ثوبا أجود مما اسلم فيه وطلب زيادة درهم .

ولما كان حكم الاصل جواز أخذ الزيادة فى الثوبين بدل الثوب وفى بنت اللبون بدل بنت المخاض كان حكم الفرع كذلك فيجوز أخذ الزيادة فـــى الثوب الاجود بدل الثوب المسلم فيه أيضا لذلك .

(١٣) فى نسخة ((ب)) : للثوب عين . / ومافى الاصل هو الصواب.

(١٤) فى نسخة ((ب)) : فهو كزيادة فيه . / أى فهو كما لو أحضر قفيزا زيـــادة على القفيز المستحق حيث يجوز أخذ البدل عنه .

والجامع فى القياس المذكور هو ان كلا عين ،اما الاصل فهو القفيز وامـــا الفرع فهو الثوب .

ولما كان حكم الاصل جواز أخذ قفيز بثمنه زيادة على المستحق فى الســلم ، لانه زيادة عين كان حكم الفرع كذلك فيجوز أخذ ثوب آخر بثمنه زيادة علـــى الثوب المستحق أيضا لذلك .

(١٥) أى الاجودية فى الثوب الذى أحضره بدل الثوب المسلم فيه .

كالجودة في القفيز (١٦)، فأما الزكاة فلو احضر دون (١٧) ما عليه مع بدل النقصان جاز (١٨)، ولو أحضر هاهنا (١٩) دون ذلك الثوب (٢٠) مع بدل النقصان لم يجز (٢١).

---

(١٦) أي القفيز المسلم فيه، أو في القرض، حيث لو احضر ثوبا أجود من المسلم فيه لم يجز أخذ العوض عن تلك الجودة.

بجامع ان كلا صفة، أما الاصل فهو الجودة في القفيز واما الفرع فهو الجودة في الثوب الذي احضره بدل الثوب المسلم فيه.

ولما كان حكم الاصل عدم جواز أخذ العوض بدلا عن الجودة في القفيز المسلم فيه لانها صفة لا يتعلق بها الثمن، كان حكم الفرع كذلك فلا يجوز أخذ العوض بدلا عن الجودة في الثوب المسلم فيه أيضا لذلك.

والمراد: اثبات ان هناك فارقا بين الاصل والفرع في قياسهم جواز أخذ الزيادة في الثوب الاجود بدل الثوب المسلم فيه على أخذ الثوبين بدل ثوب أو أخذ بنت اللبون بدل بنت المخاض لان الزيادة في الاصل المقيس عليه بدل العين، فتحل، والزيادة في الفرع المقيس بدل الصفة فتحرم، والقياس مع الفارق باطل.

(١٧) سقط لفظ (دون) من نسخة ((ب)) ٠/ ودون هنا بمعنى أقل. أنظر القاموس جـ٤ ص ٢٢٣.

(١٨) لانه تتميم للمستحق عليه من الزكاة.

(١٩) أي في حال تسليم المسلم فيه.

(٢٠) أي المسلم فيه.

(٢١) أي عندكم، أنظر قولهم هذا في المسألة الآتية الان. وإنما لم يجز عندهم لان الثوب الناقص غير المعقود عليه، لانه انما عقد على ثوب أجود منه.

أي فبطل قياس أحدهما على الاخر للفارق المذكور بينهما.

* مســـألة (٩٨) : يجوز الرجوع بالأرش (١)، للعيب (٢) في السلم . / ١٤٩ ى .

وقال أبو حنيفة : لا يجوز . (٤)

لنـــا : هو انـــه (٥) نوع بيع، فجاز الرجوع بارش العيب فيه ، كبيع الاعيان (٦) .

قالوا : الرجوع بالارش فسخ للبيع في جزء من المبيع (٧)، والمقبوض فـــى

---

(١) في نسخة ((ب)) : بأرش العيب . / وهو فرق مابين صحيح المسلم فيه ومعيبه .

(٢) اللام هنا تعليلية ، أي لعلة وجود العيب في المسلم فيه .

(٣) الام جـ٣ ص ١٣٨ : ولو أسلفه في شئ فاعطاه اياه معيبا ، والعيب مما قد يخفى فاكل نصفه أو اتلفه وبقي نصفه كأن كان رطبا فأكل نصفه أو اتلفـــه وبقي نصفه يأخذ النصف بنصف الثمن ويرجع عليه بنقصان مابين الرطـــب معيبا وغير معيب . أهـ .

وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى جـ٢ ص٢١٨ . كشاف القناع جـ٣ ص٢٨٤ . المغنى جـ٤ ص ٢٣٢ .

وبه يقول المالكية : الشرح الكبير جـ٣ ص٢١٣ . الجواهر جـ٢ ص٧٢ . شرح المنح جـ٣ ص ٣٣ .

(٤) لم أجد قولهم في مظانه .

ولم أجد لابن حزم قولا في هذه المسألة أيضا .

(٥) أي السلم .

(٦) حيث يجوز الرجوع فيها بأرش العيب . فيما اذا تعذر الرد بلاتقصير من المشترى . أنظر شرح المحلى جـ٢ ص٢٠٥ .

بجامع انه نوع بيع في كل من الاصل وهو بيع الاعيان والفرع وهو بيع السلم . ولما كان حكم الاصل جواز الرجوع بأرش العيب في بيع الاعيان كان حكـم الفرع كذلك فيجوز الرجوع بأرش العيب في بيع السلم أيضا لذلك .

(٧) أي انهم ينزلون النقص في الصفة منزلة نقص الجزء .

السلم غير المعقود عليه (٨)، ولهذا لو لم يحدث عنده عيب (٩) ورده بالعيب طالب بالبدل (١٠)، ولم يفسخ العقد (١١) والفسخ لا يجوز في غير المعقود عليه (١٢).

قلنا : الرجوع بالارش ليس بفسخ في جزء من المبيع ، فان المبيع هو الاجزاء التي ينقسم الثمن عليها ، والارش ما بين السليم (١٣) والمعيب (١٤)، ثم لا نسلم أن المقبوض غير المعقود عليه ، بل بالقبض تعين العقد فيه ، ولهذا يجوز التصرف فيه (١٥)، وانما جاز الابدال قبل (١٦) حدوث العيب (١٧)، لانه بالفسخ يخرج عن أن يكون معقودا عليه .

---

(٨) لان المعقود عليه في السلم هو الصحيح من المسلم فيه لا المعيب فليس له الا الرد .

(٩) أي عند المسلم اليه عيب جديد .

(١٠) أي ببدل المعيب ، لأن المعيب الذي قبضه غير المعقود عليه .

(١١) أي عقد السلم ، والمعنى انه ليس له طلب الارش .

(١٢) لان الفسخ فرع العقد ، والمقبوض هنا غير المعقود عليه للعيب فيه ، فلا يجوز أخذ الارش فيه لان أخذ الارش فسخ في جزء من المعقود عليه .

(١٣) في نسخة ((ب)) : ما بين الكامل والمعيب .

(١٤) أي من المبيع ، أي فالثمن منقسم على جميع اجزاء المبيع السليم والمعيب على حد سواء والارش هو فارق ما بين الثمنين فيهما فليس هو بفسخ في جزء من المبيع بل في صفته .

(١٥) أي في المقبوض ، فدل بجواز التصرف فيه على انه هو المعقود عليه لانه يملكه بالقبض . لان التصرف دليل الملك اصالة أو وكالة .

(١٦) في نسخة ((ب)) : الاخذ بالبدل قبل حدوث العيب . / والمقصود بالابدال ابدال المسلم فيه اذا كان معيبا بالصحيح المعقود عليه .

(١٧) أي ابداله بسبب عيب قديم ، لا بسبب عيب حادث عند المسلم اليه .

* مسـألة (٩٩) : اذا تقايلا (١) في السلم ، جاز (٢) أن يشترى برأس المـال ماشاء (٣). / ١٤٩ى.

وقال أبو حنيفة : لا يجوز حتى يقبض (٤).

لنـا : انه مال (٥) ملكه بغير معاوضة (٦) ، فجاز له التصرف فيه قبل القبض، كالموروث ، ومال الصرف والبيع بعد الفسخ (٧).

---

(١) من الاقالة وهي الفسخ ، وتقايلا تفاعلا ، أى اقال كل واحد منهما صاحبه عقد السلم .

تقول : اقاله البيع اقالة اذا فسخه ، وربما قيل : قاله البيع ، بغير الف ، وهي لغة قليلة . أنظر المختار ص٥٦٠ .

(٢) أى للمسلم اليه .

(٣) المجموع جـ١٢ ص١٧٣ .

(٤) أى استحسانا ، خلافا لزفر، والقياس جوازه . كما نص عليه في التبيين جـ٤ص١١٩ .

أنظر الهداية جـ٦ص٢٣٠ . التبيين جـ٤ ص١١٩ . مجمع الانهر جـ٢ص١٠٢

وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى جـ٢ص٢٢٢ . كشاف القناع جـ٣ص٢٩٢ .

وذكر في المغني جـ٤ص٢٢٩ رواية أخرى انه يجوز له ذلك .

وذهب ابن حزم الى تحريم الاقالة في السلم لانها بيع صحيح ، وقد صح نهي النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع مالم يقبض وعن بيع المجهول ، لكن يبرئه مما شاء منه . أنظر المحلى جـ١٠ص٦٥ .

ولم أقف على قول المالكية .

(٥) أى رأس المال .

(٦) لان المسلم فيه قد بطل استحقاقه للمسلم بالاقالة .

(٧) حيث يجوز له التصرف في جميع المذكورات قبل القبض.

بجامع انه مال ملكه بغير معاوضة في كل من الاصل وهو المال الموروث ومال الصرف والبيع بعد الفسخ ، والفرع وهو رأس مال السلم بعد الاقالة.

ولما كان حكم الاصل هو جواز التصرف قبل القبض في المال الموروث ومـال =

قالوا : مضمون عليه بحكم السلم (٨)، فلا يجوز صرفه الى غيره كالمسلم فيه (٩).

قلنا : ذاك (١٠) مستحق بعقد معاوضة ، فهو كالمبيع قبل القبض (١١)، وهذا (١٢) مستحق بفسخ معاوضة ، فهو كالمبيع بعد الفسخ (١٣).

= الصرف وجواز البيع بعد الفسخ ، كان حكم الفرع كذلك ، فيجوز التصرف برأس المال بعد الاقالة وقبل قبضه أيضا لذلك .

(٨) أى بسبب عقد السلم .

(٩) حيث لا يجوز صرفه الى غيره باستبدال نوعه أو جنسه ، قبل قبضه .

بجامع انه مال مضمون عليه بحكم السلم في كل من الاصل وهو المسلم فيه ، والفرع وهو رأس المال .

ولما كان حكم الاصل هو عدم جواز صرف المسلم فيه الى غيره ، كان حكم الفرع كذلك فلا يجوز صرف رأس المال الى غيره قبل قبضه أيضا لذلك .

(١٠) أى المسلم فيه .

(١١) حيث يستحق بعقد معاوضة فلا يجوز بيعه قبل قبضه .

بجامع الاستحقاق بعقد المعاوضة في كل من الاصل وهو المبيع قبل القبض والفرع وهو المسلم فيه .

ولما كان حكم الاصل هو عدم جواز التصرف في المبيع قبل قبضه ، كان حكم الفرع كذلك فلا يجوز التصرف في المسلم فيه قبل قبضه أيضا لذلك .

(١٢) أى رأس مال السلم .

(١٣) حيث يجوز بيعه بعد الفسخ وان لم يقبض ثمنه .

بجامع انه مستحق بفسخ معاوضة في كل من الاصل وهو المبيع بعد الفسخ والفرع وهو رأس مال السلم بعد الاقالة .

ولما كان حكم الاصل هو جواز التصرف في المبيع بعد الفسخ وان لم يقبضه كان حكم الفرع كذلك فيجوز التصرف في رأس مال السلم بعد الاقالة وان لم يقبضه أيضا لذلك .

* مسـألة (١٠٠) : الاقالة(١) فسخ في أصح القولين(٢) ١٤٩/٠ى .
وقال أبو حنيفة : هى فسخ فى حقهما ، بيع فى حق الشفيع.(٣)

---

(١) الاقالة : قيل : مشتقة من القول ، والهمزة فيها للسلب ، أى ازالة القول الأول ، وهو ما جرى بين البائع والمشترى من البيع ، مثل أشكى اذا أزال شكواه ، الا أن فى هذا نظراً فانها لو كانت من القول ؛ لقيل : قلته البيع بضم القاف ، لكنهم يكسرونها فدل على أن عينه ياء وليست واواً ، وقد قالوا : قاله البيع قيلا ، فلو كانت واوية لقالوا : قاله البيع قولا . ولا نها تذكر فى القواميس فى القاف مع الياء . أنظر التبيين جـ٤ ص٧٠ وحاشية الشلبى عليه .

(٢) الام جـ٣ ص٣٢ ١ . وهو الجديد والصحيح من قولى الشافعى . الوجيز جـ١ ص١٤٥ . وأنظر المجموع جـ٩ ص ٢٥٨ .
وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى جـ٢ ص١٩٢ . كشاف القناع جـ٣ ص٢٣٦ .
وذكر فى المغنى عن أحمد رواية أخرى انها بيع. المغنى جـ٤ ص٩٢ .

(٣) أى الآبان لا يمكن جعلها فسخا ، بأن ولدت المبيعة بعد القبض أو هلك المبيع فى غير المقايضة فتبطل الاقالة ويبقى البيع على حاله ، لتعذر الفسخ ، اذ الزيادة المنفصلة المتولدة من المبيع تمنع الفسخ ، ولا يتصور الفسخ بعد هلاك المبيع.
وقول أبى حنيفة محمول على ما اذا كانت الاقالة بعد القبض ، والا فهى فسخ فى حق الجميع فى غير العقار لتعذر جعلها بيعا اذ بيع المنقول قبل القبض جائز.
وخالفه صاحباه فقال أبو يوسف : هى بيع الا أن لا يمكن جعلها بيعا فتجعل فسخا الا أن لا يمكن فتبطل .
وقال محمد بن الحسن : هى فسخ الا اذا تعذر جعلها فسخا فتجعل بيعا الا أن لا يمكن فتبطل .
أنظر الهداية جـ٦ ص١١٤ . التبيين جـ٤ ص ٧٠ . مجمع الانهر جـ٢ ص٧٢ . =

لنـــا : ان[٤] ماكان فسخا فى حقهما كان فسخا فى حق الشفيع ،كالـــرد بالعيب[٥].

قالوا : عاد المبيع اليه بقبوله ، فأشبه اذا اشتراه.[٦]

= وذهب المالكية الى أن الاقالة بيع الا فى الطعام والشفعة والمرابحة فانهـا فسخ فتجوز الاقالة فى الطعام قبل قبضـــه ، ومن باع شقصه من عقـــار مشترك فلشريكه الشفعة ولو تعدد البيع فله الخيار فى أخذه باى بيــع شـــاء .

واذا اشترى شيئا بعشرة وباعه بخمسة عشر ثم تقايلا فلايبيعه بالمرابحـــة على خمسة عشر الا ببيان الاقالة ويبيعه بها على عشرة مع بيان الاقالة أيضا

أنظر : الشرح الصغير جـ٢ ص٧٥ . الجواهر جـ٢ص٥٤ . شرح المنـــح جـ٢ ص٧٠٥ .

واما ابن حزم فذهب الى أن الاقالة بيع مطلقا . أنظر المحلى جـ٩ص٣٠٢ .

(٤) سقط لفظ (ان) من نسخة ((ب)) .

(٥) حيث يكون فسخا فى حق الشفيع أيضا .

بجامع كونه فسخا فى حق البائع والمشترى ، فى كل من الاصل وهو الـــرد بالعيب والفرع وهو الاقالة .

ولما كان حكم الاصل كون الرد بالعيب فسخا فى حق الشفيع ، كان حكم الفرع كذلك فتكون الاقالة فسخا فى حق الشفيع أيضا لذلك .

(٦) حيث يكون ذلك بيعا فى حق الشفيع ، فثبت له به الشفعة .

بجامع عود المبيع بالقبول فى كل من الاصل وهو مالو اشترى البائـــع المبيع والفرع وهو مالو فسخ البيع.

ولما كان حكم الاصل ثبوت حق الشفعة به للشفيع ،كان حكم الفـــــرع كذلك، فتثبت الشفعة بالفسخ أيضا لذلك .

قلنا : ذاك[٧] عقد جديد وهذا[٨] ترك للعقد[٩]، ولهذا كان ذلك[١٠] عقدا في حقهما ، وهذا فسخ في حقهما ، فكذلك في حق الغير.

* مسألة (١٠١) : اذا اقاله بأكثر من الثمن ، لم تصح الاقالة[١]. / ١٤٩ ى .
وقال أبو حنيفة : تصح[٢] بالثمن الأول[٣].

---

(٧) أى فيما لو اشترى البائع المبيع.

(٨) أى الاقالة .

(٩) أى فافترقا ، والقياس مع الفارق باطل .

(١٠) سقط قوله (ذلك) من نسخة ((ب)) . / والاشارة عائدة الى مالو اشترى البائع المبيع.

(١) أى تبطل من أصلها ويلزم البيع
أنظر المسألة فى :

وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى جـ٢ ص١٩٢ . كشاف القناع جـ٣ ص٢٣٨ .
وهذا بناء على أن الاقالة فسخ ، واما على الرواية الثانية بأنها بيع فيجوز بمثله وبأكثر منه على الوجهين فى المذهب . أنظر المحرر جـ١ ص٣٣١ .
وبه يقول المالكية : أنظر القوانين ص ٢٨٤ . الجواهر جـ٢ ص ٥٤ : فان وقعت ـ الاقالة ـ بزيادة أو نقص عنه ـ أى الثمن الأول ـ فبيع مؤتنف . أهـ
وأنظر شرح المنح جـ٢ ص٧٠ .

(٢) فى نسخة ((ب)) : تصح الاقالة بالثمن الأول .

(٣) اى الا اذا تعيب المبيع فيجوز له أن يشترط الاقل أو الاكثر عن الثمن الأول .
وقال أبو يوسف ومحمد : اذا شرط الزيادة يكون بيعا لا اقاله .
أنظر الهداية جـ٦ ص١١٨ . التبيين جـ٤ ص٧١ . مجمع الانهر جـ٢ ص٧٣ .

وذهب ابن حزم الى جواز الاقالة بالثمن الأول وبأكثر منه وبأقل ، لانها عقد بيع مبتدأ . أنظر المحلى جـ٩ ص ٦١٠ .

لنـــا : ان مالا يجوز الزيادة فيه على قدر من الثمن (٤) ، اذا شـرط فيـه الزيادة بطل (٥) ، كبيع الدرهم بالدرهمين (٦) .

قالوا : تجوز (٧) على بدل مجهول ، وهو اذا اشترى عبدا بجارية ، واقالـه (٨) في العبد بعد هلاك الجارية (٩) ، فلم تفسد بالشرط الفاسد (١٠) ، كالنكاح (١١) .

---

(٤) كما في الصرف .

(٥) في نسخة ((ب)) : بطل بها .

(٦) حيث لا يجوز ، لانه ربا .

بجامع عدم جواز الزيادة فيه على قدر الثمن ، في كل من الاصل وهو بيع الدرهم بالدرهمين والفرع وهو الاقالة بأكثر من الثمن .

ولما كان حكم الاصل بطلان العقد فيه ، كان حكم الفرع كذلك فتبطـل الاقالة بالزيادة على الثمن أيضا لذلك .

(٧) أي الاقالة .

(٨) في نسخة ((ب)) : واقال .

(٩) حيث لا يعلم ثمنها وهي بدل العبد وثمنه .

(١٠) وهو مالو زاد في الاقالة على الثمن الأول أو نقص منه .

(١١) حيث لا يفسد بالشرط الفاسد .

بجامع جوازه على بدل مجهول في كل من الاصل وهو النكاح والفرع وهو البيـع .

ولما كان حكم الاصل هو صحة النكاح وان شرط فيه شرطا فاسـدا كان حكم الفرع كذلك فتجوز الاقالة في البيع وان شرط فيها شرطا فاسـد أيضا لذلك .

قلنا : النكاح يبطل بالشرط الفاسد [١٢]، وانما لم يبطل بفساد يعود الى الصداق [١٣]، لأنه [١٤] عقد منفرد عن النكاح [١٥]، والفساد هاهنا [١٦] في نفس الاقالة فأفسدها [١٧].

---

(١٢) في الاصل : قلنا : النكاح بالشروط الفاسدة . / فسقط منها كلمة (يبطل) وجمع الشرط .

(١٣) كما لو اصدقها شيئا محرما كخمر أو خنزير أو نحو ذلك ، حيث يبطل المسمى ويجب لها مهر المثل ، ولا يبطل به عقد النكاح .

(١٤) أي الصداق .

(١٥) أي فلا يبطل ببطلانه لانفصاله عنه .

(١٦) أي فيما لو شرط الزيادة أو النقصان في الاقالة .

(١٧) لانه هنا جزء منها ولا كذلك هناك فافترقا والقياس مع الفارق باطل .

" مســـائل الرهـــن " (*)

* مســـألة (١٠٢) : لا يجوز الرهن على (١) دين الكتابة (٢) ./ ١٤٩ ش.

(*) في نسخة ((ب)) : مسائل الرهون .
والرهن في الاصل يعني الثبوت والدوام ، تقول : رهن الشئ يرهن رهونـــا فهو راهن ، ويتعدى بالالف ، فتقول : ارهنته : اذا جعلته ثابتا واذا اوجدته كذلك أيضا .
ورهنت المتاع بالدين رهنا اذا حبسته به ، فهو مرهون .
والاصل أن تقول : مرهون بالدين ، فحذف للعلم به ، وارهنته بالديـــن بالالف لغة قليلة ومنعها الاكثر .
ووجه الكلام فيها : ارهنت زيدا الثوب ، اذا دفعته اليه ليرهنه عند أحد ، ورهنت الرجل كذا رهنا ورهنته عنده : اذا وضعته عنده .
فان أخذته منه قلت : ارتهنت منه ،
ثم أطلق الرهن على المرهون ، وجمعه رهون مثل فلس وفلوس ، ويجمع على رهان ، كسهم وسهام ، والرهن بضم الأول والثاني جمع رهان . مثل كتب جمع كتاب . أنظر المصباح جـ١ ص ٢٦٠ .
وهو شرعا : جعل عين مال وثيقة بدين يستوفى منها عند تعذر وفائه .أ هـ
ويسمى صاحب المال المرهون راهنا ويسمى من دفع المال اليه كوثيقة لـــه بدينه مرتهن . واركانه أربعة : صيغة وعاقد ومرهون ومرهون به .
وهو مشروع بالكتاب في قوله تعالى (فرهان مقبوضة) سورة البقرة /٢٨٣ .
وبالسنة : ففي الصحيحين انه صلى الله عليه وسلم مات ودرعه مرهونة عنـــد يهودي . واجمعت الامة على جوازه . أنظر مغني المحتاج جـ٢ ص ١٢١ .
(١) في نسخة ((ب)) : عن دين الكتابة .
(٢) أي على كتابة المكاتب وهي ما سيؤديه من مال لسيده نظير عتقه .
وصورة ذلك : أن يطلب السيد من مكاتبه رهنا على دين الكتابة لضمـــان الحصول عليها منه .

=

وقال أبو حنيفة : يجوز.(٣)

لنا : هو(٤) انه وثيقة يستوفى الحق من جهتها ،فلم(٥) تصح فى مال الكتابة ،كالضمان.(٦)

= أنظر المسألة فى : المنهاج ص ٥٥. الوجيز جـ١ ص١٦١ . شرح المحلى : جـ٢ ص ٢٦٧ .

وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى جـ ٢ ص ٢٣٢ . كشاف القناع جـ٣ ص٣١١ . وذكر فى المحرر جـ١ ص٣٣ فى دين الكتابة وجهين .

(٣) فان قيل : من اين للمكاتب الحصول على العين للرهن ، وهو لا يملك .
قيل : لما كانت الكتابة يثبت له بها حق التملك لخروجه بها عن يد السيد دون ملكه ، كما فى مجمع الانهر جـ٢ ص٤٠٧ امكنه ان يقترض العين فيرهنها بدين الكتابة .
أنظر المسألة فى التبيين جـ٦ ص ٧١ . مجمع الانهر جـ٢ ص ٥٩٤ . الكفاية على الهداية جـ٩ ص ٧٣ .
وهو قول المالكية : الشرح الصغير جـ٢ ص ١٠٩ . الجواهر جـ٢ ص ٧٨ . شرح المنح جـ٣ ص ٥٨ .
وصورتها عند المالكية : أن يكون على السيد دين فيرهن مال الكتابة به .
ولم أقف على قول ابن حزم فى هذه المسألة .

(٤) سقط لفظ (هو) من نسخة ((ب)) .

(٥) فى الاصل ونسخة ((ب)) : ولم تصح . / ولعل الصواب ما أثبتناه .

(٦) حيث لا يصح فى مال الكتابة .
بجامع انه وثيقة يستوفى الحق من جهتها فى كل من الاصل وهو الضمان والفرع وهو الرهن .
ولما كان حكم الاصل عدم صحة الضمان فى مال الكتابة .كان حكم الفرع فلا يصح الرهن فى مال الكتابة أيضا لذلك .

قالوا : دين (٧) ، فأشبه سائر الديون (٨) .

قلنا : سائر الديون يجوز ضمانها ، فجاز أخذ الرهن فيه (٩) ، اذا لم يؤد (١٠) الى تعطيله (١١) على الراهن (١٢) وهذا (١٣) لا يجوز ضمانه (١٤) ، فلا يجوز أخذ الرهن به (١٥) ، كمال الجعالة (١٦) ، ولان سائر الديون

---

(٧) أى مال الكتابة دين .

(٨) حيث يجوز الرهن فيها . كدين القرض والسلم ونحوهما .
بجامع ان كلا دين ، اما الاصل فهو سائر الديون ، والفرع فهو دين الكتابة .
ولما كان حكم الاصل جواز الرهن فى سائر الديون كان حكم الفرع كذلك فيجوز الرهن فى دين الكتابة أيضا لذلك .

(٩) أى فى سائر الديون ، لانها ديون مستقرة .

(١٠) أى الرهن .

(١١) أى المرهون .

(١٢) بأن لم يشترط منفعته للمرتهن ، لان القصد من الرهن الحصول على الدين منه ببيعه للاستيفاء منه .

(١٣) أى دين الكتابة .

(١٤) لانه غير مستقر بعد ، لاحتمال أن يعجز المكاتب عن الكتابة فيبطل ذلك الدين ، فيكون الرهن على شئ غير موجود ، فلا يصح .

(١٥) أى فهذا فارق بين دين الكتابة وسائر الديون ، يبطل معه قياس أحدهما على الآخر .

(١٦) حيث لا يجوز أخذ الرهن به لعدم استقراره وثبوته .
والجعالة بالكسر هى ما جعل للانسان من شئ على فعل ، ويقال له : الجعل بضم فسكون . أنظر المختار ص ١٠٥ .
والجامع فى القياس المذكور هو عدم جواز ضمانه فى كل من الاصل وهو مال الجعالة والفرع وهو دين الكتابة .

لازمـــة[(١٧)] أو تؤول الى اللزوم[(١٨)] ، ودين الكتابة لا يلزم بحال[(١٩)] ، فلا معنى لتوثيقـــه[(٢٠)] بالرهـــن[(٢١)] .

* مســـألة (١٠٣) : لا يجوز الرهن ولا الضمان قبل وجوب الدين[(١)] ٠/ ١٤٩ش.

وقال أبو حنيفة : يجوز شرطه قبل الدين ، فاذا وجب الدين ثبت الرهـــن والضمان[(٢)] .

= ولما كان حكم الاصل عدم جواز أخذ الرهن به ، كان حكم الفرع كذلك فلا يجوز أخذ الرهن بمال الكتابة أيضا لذلك .

(١٧) أى ثابتة مستقرة فى ذمة من هى عليه .

(١٨) أى بنفسها كالثمن فى زمن الخيار فانه يؤول الى اللزوم بامضاء البيـــع فيه أو بمضائه بعده .

(١٩) اذ للمكاتب الاضراب عن الكتابة وابطالهـا ، فلا تلزمه نجومها لا فـــى الحال ولا فى المآل .

(٢٠) أى دين الكتابة .

(٢١) لما فى ذلك من الزام المكاتب مالا يلزمه شرعا اذ له فسخ الكتابة .
أى وهذا فارق آخر يتأكد به بطلان قياسهم دين الكتابة على سائـــر الديون فى جواز توثيقها بالرهن . والقياس مع الفارق باطل .

(١) المنهاج ص ٥٥ . الوجيز جـ١ص ١٦١ .
وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى جـ٢ص ٢٣١ .كشاف القناع جـ٣ ص ٣٠٨ .
وذكر فى المغنى جـ٤ص ٢٤٦ عن أبى الخطاب من الحنابلة أنه يجوز .

(٢) كأن يقول : رهنتك هذا الشئ لتقرضنى الف درهم .
أنظر : الهداية جـ٩ ص ٨٦ . التبيين جـ٦ ص ٧١ . مجمع الانهر جـ٢ص ٥٩٤
وهو قول المالكية : القوانين ص ٣٥١ : ويجوز الرهن قبل الحـــق .أهـ
الشرح الصغير جـ٢ ص ١١٦ .
ولم أقف على قول ابن حزم فى هذه المسألة .

لنـــا : هو انه (٣) مـــن زوائد البيع ، فلا يجوز أن يتقدم شرط على حـــال العقد ، كالاجل والخيار (٤). ولان ما جاز شرطه بعد الايجاب والقبول في عقـــد (٥)، لم يجز ان يتقدم عليه ، كالصداق (٦)، ولانه رهن علق على أمر مستقبل فلم يصـــح (٧) كما لو دفع اليه رهنا على مال يضنـــه (٨) اذا قدم زيد أو قال : اذا طلعـــت

---

(٣) أي الرهن والضمان .

(٤) حيث لا يتقدمان على العقد .

بجامع انه من زوائد البيع في كل من الاصل وهو الاجل والخيار ، والفرع وهو الرهن .

ولما كان حكم الاصل عدم جواز تقدم الاجل والخيار على عقد البيع ، كان حكم الفرع كذلك فلا يجوز أن يتقدم الرهن والضمان على وجوب الديـــن أيضا لذلك .

(٥) في نسخة ((ب)) : في العقد .

(٦) حيث لا يجوز أن يتقدم على عقد النكاح .

بجامع جواز اشتراطه بعد الايجاب والقبول في العقد ، في كل من الاصـــل وهو الصداق ، والفرع وهو الرهن والضمان .

ولما كان حكم الاصل عدم جواز تقدم الصداق على عقد النكاح كان حكـــم الفرع كذلك فلا يجوز أن يتقدم الرهـــن والضمان على وجوب الديـــن أيضا لذلك .

(٧) لان الرهن استيفاء ولا استيفاء قبل الوجوب.

(٨) في نسخة ((ب)) : قد يضمنه . / أي فيما يستقبل من الزمان .

الشمس فقد رهنتك بالدين الذى لك على (٩) ، ولانه وثيقة بدين يثبت بعقد ، فلا يصح (١٠) بسبب يتقدم شطرى العقد (١١) ، كالشهادة (١٢) ، ولا يلزم اذا قال : الق متاعك فى البحر وعلى ضمانه ، لانه ليس بوثيقة وانما هو استدعاء اتلاف بعوض، (١٤)

---

(٩) حيث لا يجوز ذلك لما فيه من تعليق الرهن على أمر مستقبل ، قد يحصل وقد لا يحصل .

(١٠) أى الرهن .

(١١) لان العقد هو سبب ثبوت ذلك الدين ، فلا يصح أن يكون السبب وهو العقد لاحقا ، والمتسبب وهو الدين سابقا ،
وإذا ثبت انه لا يجوز للدين أن يسبق العقد ، ثبت انه لا يجوز للرهن أن يتقدم على وجوب الدين لان الرهن وثيقة بذلك الدين فلا يتقدم عليه لانه سببه أيضا .

(١٢) حيث لا يصح أن تتقدم الشهادة على البيع.
بجامع ان كلا وثيقة بدين يثبت بعقد فى كل من الاصل وهو الشهادة والفرع وهو الرهن .
ولما كان حكم الاصل عدم جواز تقدم الشهادة على العقد .
كان حكم الفرع كذلك فلا يجوز أن يتقدم الرهن وجوب الدين أيضا لذلك .

(١٣) أى من تعليلنا عدم صحة الرهن قبل وجوب الدين بأنه يتقدم شطرى العقد .

(١٤) أى ولذلك جاز أن يتقدم على العقد فيه .
قال الشربينى : ولو قال - أى الضامن - : أؤدى المال أو احضر الشخص فهو وعد بالالتزام ، لا يلزم الوفاء به ، لان الصيغة لا تشعر بالالتزام قال فى المطلب : الا ان صحبته قرينة الالتزام فيلزم . أهـ . مغنى المحتاج جـ٢ ص ٢٠٧ . وانظر شرح المحلى جـ٤ ص ١٥٣ .

ولان ضمان الوثيقة يفتقر الى مضمون عنه .(١٥)

قالوا : لا يبطل(١٦) بالشروط، فجاز أن يتعلق بشرط ،كالطلاق والعتاق(١٧) ،

والدليل على الوصف(١٨) قول النخعي(١٩) : كانوا يرهنون ويشترطون أنه اذا لم يقضه الدين ،فالرهن للمرتهن ،فأبطل النبي صلى الله عليه وسلم الشرط وأجاز الرهن بقوله (لا يغلق الرهن(٢٠) ، الرهن من راهنه الذى رهنه ، له

---

(١٥) وهو المدين ، وهو ركن من أركان عقد الضمان . واذا لم يثبت الدين بعد فلا مدين ، فيبطل العقد لذلك .

(١٦) أى الرهن .

(١٧) حيث يجوز تعليقهما بالشروط .

بجامع انه عقد لا تبطله الشروط فى كل من الاصل وهو الطلاق والعتاق . والفرع وهو الرهن .

ولما كان حكم الاصل هو جواز تعليق الطلاق والعتاق بشرط كان حكم الفرع كذلك فيجوز تعليق الرهن بشرط أيضا لذلك .

(١٨) أى العلة ،وهى عدم بطلان الرهن بالشروط.

(١٩) هو ابراهيم بن يزيد بن قيس بن الأسود النخعى الكوفى ، أبو عمران الفقيه ، يرسل كثيرا عن علقمة وهمام بن الحرث والاسود بن يزيد وأبى عبيدة ابن عبد الله ومسروق ، روى عن عائشة فى سنن أبى داود والنسائى وابن ماجه ، وروى عنه الحكم ومنصور والأعمش وغيرهم ، كان يتوقى الشهرة ولا يجلس الى الاسطوانة ، وقيل انه لم يسمع من عائشة ، مات سنة ست وتسعين وقيل خمس . أنظر الخلاصة ص٢٣ . الحلية جـ٤ص٢١٩ .

(٢٠) أى لا يستحقه المرتهن بالدين الذى هو مرهون به . تقول غلق الرهن غلقا من باب تعب : اذا استحقه المرتهن فترك فكاكه ،وقد نهى الحديث عن ذلك . أنظر المصباح جـ٢ ص١٠٤ .

قال فى النهاية جـ٣ ص٣٧٩ : كان هذا من فعل الجاهلية،ان الراهن اذا لم يؤد ماعليه فى الوقت المعين ، ملك المرتهن الرهن فابطله الاسلام .أهـ.

غنمـــه (٢١)، وعليه غرمـــه (٢٢)).

قلنـــا : عندنا يبطل (٢٣)، وعندهم أيضا يبطل اذا شرط أن يكون يومـــا في يده ويوما لا (٢٤)، والخبر أراد به بيان حكم الرهن المطلق دون ماشـــرط فيه الشرط الفاسد (٢٥)، والطلاق والعتاق يجوز تعليقهما على طلوع الشـــمس، ولا يجوز ذلك في الرهن (٢٦).

---

(٢١) قال أبو عبيد : أى يرجع الى صاحبه وتكون له زيادته ، واذا نقـــص أو تلف فهو من ضمانه - أى من ضمان صاحب الرهن - فيغرمه ، أى يغـــرم الدين لصاحبه ولا يقابل بشئ من الدين . أهـ . المصباح جـ٢ ص١٠٤ .

(٢٢) ذكر ابن الجوزى هذا الاثر فى التحقيق بلفظ : قال ابراهيم النخعى : كانوا يرهنون ، ويقولون : ان جئتك بالمال الى وقت كذا ، والا فهـــو لك ، فقال النبى صلى الله عليه وسلم ذلك . انتهى . النصب جـ٤ ص٣٢١ . وروى الطحاوى هذا الاثر عن ابراهيم فقال : حدثنا أبو عبيد قال حدثنا جرير عن مغيرة عن ابراهيم فى رجل دفع الى رجل رهنا وأخذ منه دراهم وقال : ان جئتك بحقك فى كذا وكذا والا فالرهن لك بحقك . فقال ابراهيم : لا يغلق الرهن . أهـ شرح معانى الآثار جـ٤ ص١٠١ . وأما بلفظ المصنف فلم أجده .

(٢٣) أى بالشروط . ففى المنهاج : ص٥٤ : وان شرط ما يضر المرتهن بطـــل الرهن . وان نفع المرتهن وضر الراهن كشرط منفعة للمرتهن بطـــل الشرط وكذا الرهن فى الاظهر ولو شرط ان تحدث زوائده مرهونة فالاظهر فساد الشرط وانه متى فسد فسد العقد . أهـ .

(٢٤) أنظر الهداية جـ٩ ص٨٤ .

(٢٥) أى فالاحتجاج به فى غير محله .

(٢٦) أى فاختلفا ، فلا يصح قياس احدهما على الاخر للفارق المذكور .

قالوا : رهن مشروط بازاء الدين (٢٧) يؤول الى اللزوم (٢٨)، فثبت بثبوته (٢٩)، كالمشروط (٣٠) في البيع (٣١).

قلنا : ذاك (٣٢) شرط في حال العقد فثبت كالشروط الصحيحة (٣٣)، وهاهنا (٣٤)

---

(٢٧) أي في مقابله .

(٢٨) أي اذا قبضه الراهن .

(٢٩) أي فثبت الرهن بثبوت الدين .

(٣٠) في نسخة ((ب)) : كالمشروط بخيار العيب في البيع.

(٣١) حيث يثبت بثبوت البيع.
بجامع الايلولة الى اللزوم في كل من الاصل وهو الرهن المشروط في البيع، والفرع وهو الرهن المشروط بالدين .
ولما كان حكم الاصل هو ثبوت الرهن المشروط في البيع كان حكم الفرع كذلك فيثبت الرهن المشروط بالدين بثبوت الدين أيضا لذلك .

(٣٢) أي الرهن المشروط في البيع.

(٣٣) أي في الرهن .
وفي الاصل : كالشروط المفسدة . / وهو خطأ .
والجامع في القياس المذكور هو أنه شرط في حال العقد في كل من الاصل وهو الشروط الصحيحةفي الرهن ، والفرع وهو الرهن المشروط في البيع.
ولما كان حكم الاصل هو ثبوت الشروط الصحيحة في الرهن ،كان حكم الفرع كذلك فيثبت الرهن المشروط في البيع أيضا لذلك .

(٣٤) أي في حال اشتراط الرهن بالدين .

سبق حال العقد[٣٥] فلم يثبت[٣٦] كالشروط المفسدة[٣٧] ، ولان الشهادة تصح على المشروط في البيع[٣٨] ولا تصح على المشروط قبله[٣٩] .

قالوا : اذن في[٤٠] امساك ماله ،فجاز تعليقه[٤١] على شرط[٤٢] ، كما لو قال : اذا جاء رأس الشهر فخذ مالي من فلان وديعة[٤٣] .

---

(٣٥) أي شرط الرهن .

(٣٦) أي الرهن .

(٣٧) أي للرهن ، حيث لا يثبت بها الرهن .
بجامع ان كلا سابق لحال العقد ، اما الاصل فهو الشروط المفسدة للرهن ، واما الفرع فهو شرط الرهن بالدين .
ولما كان حكم الاصل عدم ثبوت الشروط المفسدة للرهن ، كان حكم الفرع كذلك فلا يثبت شرط الرهن بالدين أيضا لذلك .
والمقصود:أن بين الفرع والاصل في قياسهم اشتراط الرهن بالدين على الرهن المشروط في البيع فارقا . والقياس مع الفارق باطل .

(٣٨) لانه متحقق .

(٣٩) لكونه غير متحقق ، والشهادة انما تكون على شئ حاصل لا على متوهم أو غير حاصل بعد .

(٤٠) أي الراهن .

(٤١) أي المال المأذون فيه بالرهن .

(٤٢) وهو حصول الدين .

(٤٣) سقط قوله (وديعة) من نسخة ((ب)) . اى واجعلها عندك وديعة .
بجامع الاذن في امساك المال في كل من الاصل وهو مالو قال : اذا جاء رأس الشهر فخذ مالي من فلان وديعة ، والفرع وهو مالو شرط رهن ماله بالدين ،
ولما كان حكم الاصل جواز جعل ماله وديعة بشرط دخول رأس الشهر ،كان حكم الفرع كذلك، فيجوز أن يجعل ماله رهنا بشرط حصول الدين أيضا لذلك .

قلـــنا : الوديعة لا تقتضى حقا (٤٤)، وهذا (٤٥) يقتضى حقا لا ينفرد عنـــه (٤٦)، وذلك لم يوجد (٤٧) فلم يصح (٤٨).

قالوا في الضمان (٤٩): انه ضمان دين فجاز (٥٠) قبل ثبوته ،كضمان الدرك (٥١).

---

(٤٤) أى لا يقابلها حق للمودع لدى المودع عنده ،بل هو متبرع بقبولها عنده .

(٤٥) أى الرهن .

(٤٦) لانه وثيقة بذلك الدين .

(٤٧) أى الدين الذى جعل الرهن فى مقابله .

(٤٨) لانه فى مقابلة معدوم . وهذا فارق بين الاصل والفرع فى قياسهم اشتراط الرهن بالدين على الوديعة . والقياس مع الفارق باطل .

(٤٩) هذا هو الجزء الثانى من المسألة ، وقد كان الأول : حكم الرهن فـــى دين لم يجب بعد .

(٥٠) أى ضمان الدين .

(٥١) الدرك محركة ،تقول : ادرك فلان الركب اذا لحق بهم ، وتســـكين الراء فيه لغة. أنظر المصباح جـ١ ص٢٠٦ .

ومعنى ضمان الدرك : ضمان الثمن عند استحقاق المبيع ،فما لم يســـتحق لا يجب على البائع رد الثمن ، وكذا بعد الاستحقاق حتى يحكم برد الثمن ويفسخ البيع لاحتمال أن يجيز المستحق البيع.أهـ التبيين جـ٤ ص٧٠ .

والجامع فى القياس المذكور هو انه ضمان دين فى كل من الاصل وهو ضمـــان الدرك والفرع وهو اشتراط الرهن بالدين .

ولما كان حكم الاصل جواز ضمان الدين قبل ثبوته فى ضمان الدرك كـــان حكم الفرع كذلك فيجوز اشتراط الرهن بالدين قبل ثبوته أيضا لذلك .

قلـــنا : خرج أبو العباس (٥٢) قولا انه لا يجوز ضمان الدرك ، وان اجزنـــا لم يجز في أحد الوجهين حتى يقبض (٥٣) الدين (٥٤)، فيكون ضمان واجـــب (٥٥) وان سلم (٥٦) فلأن الحاجـــة تدعو اليه ، فانه ان لم يضمن في العقد (٥٧)، لـــم يجد من يضمن بعد الوجوب ، ولا حاجة هاهنا (٥٨) فلم يجز .

---

(٥٢) هو القاضي الامام أبو العباس أحمد بن عمر بن سريج البغدادي ، أحـــد اعلام الشافعية بل أوحدهم ، هو الذي نشر مذهب الشافعي وبســـطه ، تفقه على أبي القاسم الانماطي وتفقه الانماطي على المزني والمزني علـــى الشافعي . صنف كتبا في الرد على أصحاب الرأي وأهل الظاهر ، جالـــس داود الظاهري وناظره ، وكان يحضر مع ابنه محمد بن داود الظاهـــري في جامع الرصافة فيناظره ويستظهر عليه ، وكان يقال له الباز الاشهـــب ، وكان يفضل على المزني ، توفي ببغداد سنة ست وثلاثمائة . ابن ســـبع وخمسين سنة . أنظر تهذيب النووي جـ٢ ص٢٥١ رقم/ ٣٧٧ .

(٥٣) في نسخة ((ب)) : حتى يقتضي .

(٥٤) في المنهاج ص٦٢ : والمذهب صحة ضمان الدرك بعد قبض الثمن . أهـ . قال في شرح المحلي جـ٢ ص٣٢٦ : وفي قول هو باطل ، لانه ضمان مالم يجب ، واجيب بأنه ان خرج المبيع كما ذكر تبين وجوب رد الثمن ، وقطع بعضهم بالاول . أهـ . وهو صحة ضمان الدرك .

(٥٥) أي ضمان شيء ثابت وحاصل بالقبض .

(٥٦) أي جواز الضمان قبل قبض الثمن .

(٥٧) أي قبل الوجوب .

(٥٨) أي في اشتراط الضمان قبل وجوب الدين .

والمقصود : ان بين الاصل والفرع في قياسهم اشتراط الضمان في دين لـــم يجب على ضمان الدرك فارقا حيث جاز في الفرع للحاجة اليه ولا كذلك فـــي الاصل ، والقياس مع الفارق باطل .

* مسألة (١٠٤) : يجوز الزيادة فى الدين فى الرهن الواحد(١) فى قوله القديم(٢) . /١٤٩ش

وقال أبو حنيفة : لا يجوز.(٣)

لنا : هو انه لما جاز أن يصير المرهون بألف مرهونا بمائة(٤) ، جاز

---

(١) سقط لفظ (الواحد) من نسخة ((ب)) .

(٢) ومحل الخلاف: هو ما اذا كانت الزيادة بعد قبض الرهن والا جازت الزيادة عليه قبله .

وصورة المسألة : ان يزيد دينا على الدين الأول على أن يكون الرهن الأول رهنا بالدينين معا .

أنظر: المنهاج ص ٥٥ . وزاد فى شرح المحلى جـ٢ ص٢٦٨ : ويجوز فى القديم بزيادة الرهن - أى فى مقابل الدين المزيد - .أهـ. وأنظر الوجيز جـ١ ص١٦١ . فتح العزيز جـ١٠ ص٣٦ .

وهو قول المالكية : الشرح الكبير جـ٣ ص٢٣٧ . الجواهر جـ٢ ص٧٩ . شرح المنح جـ٣ ص٦٤ .

(٣) خلافا لابى يوسف حيث اجاز الزيادة فى الدين والرهن أيضا .

أنظر: الهداية جـ٩ ص ١٣٢ . التبيين جـ٦ ص٩٥ . مجمع الانهر جـ٢ ص٦١٢ .

وهو قول الحنابلة: شرح المنتهى جـ٢ ص٢٢٩ . كشاف القناع جـ٣ ص ٣٠٩ .

ويشبه أن يكون هذا قول ابن حزم أيضا فقد قال : ولا يكون حكم الرهن الا لما ارتهن فى نفس عقد التداين ، واما ما ارتهن بعد تمام العقد فليس له حكم الرهن ، ولراهنه أخذه متى شاء ، لان الله تعالى لم يجعل الرهن الا فى العقد كما تلونا ، وكل ما كان بعد ذلك فهو شرط ليس فى كتاب الله تعالى فهو باطل .أهـ المحلى جـ٨ ص٥٠٤ .

(٤) بان يسدد تسعمائة وتبقى العين مرهونة بالمائة الباقية .

أن يصير المرهون بمائة مرهونا بألف (٥)، ولانه وثيقة بدين ليس بعوض منها (٦)، فجاز الزيادة في دينها (٧)، كالضمان والشهادة (٨).

فان قيل : ذمة الضامن وعلم الشاهد يتسع لحقوق كثيرة ، وعين الرهن لا يتسع لاكثر من حق واحد (٩)

قيل : في حق المرتهن يتسع (١٠) لما قل وكثر (١١)، ولهذا يرتهن بالحق ، وبكل جزء من اجزائه (١٢).

---

(٥) ومحل الجواز في الصورتين المذكورتين هو ما اذا كان قيمة المرهون زائدة على الدين في الحالين ، ليتمكن المرتهن من استيفاء حقه منه ، والا بطلت الفائدة من الرهن لعدم قدرته على استيفاء حقه اذا كان المرهون أقل من الدينين . أنظر شرح المحلى جـ٢ ص ٢٦٨ .

(٦) أي ليس الدين بعوض عنها أي عن الوثيقة .

(٧) أي دين الوثيقة .

(٨) حيث يجوز ان يشهد الشهود ويضمن الضامن شيئا آخر مع ما شهدا به أو ضمنه قبلا .

بجامع انه وثيقة بدين ليس بعوض منها في كل من الاصل وهو الضمان والشهادة والفرع وهو الزيادة في دين الرهن الواحد .

ولما كان حكم الاصل جواز الزيادة فيه ، كان حكم الفرع كذلك فيجوز الزيادة في الدين في الرهن الواحد أيضا لذلك .

(٩) أي وعليه فلا يصح قياس الزيادة في الدين في الرهن الواحد على الزيادة في الضمان والشهادة ، للفارق المذكور بينهما .

(١٠) أي الرهن .

(١١) أي من الدين أو الحقوق .

(١٢) فانه اذا قضى الراهن بعض الحق الذي عليه لا يستحق فك بعض المرهون به .

أي ولذلك أشبه الرهن الضمان والشهادة . فانتفى الفارق المذكور وصح به القياس.

قالوا : مرهون بحق[١٣] فلا يرهن بغيره[١٤]، كما لو رهنه[١٥] عند غيره[١٦] .

قلنا : لان ذا[١٧] يسقط حق الأول[١٨] من عين الرهن[١٩]، وهاهنا[٢٠] لا يسقط حقه[٢١] .

---

(١٣) أى الرهن الاول مرهون بحق وهو دين ماقبل الزيادة فلا يرهن بغيره لانشغاله بالدين الاول .

(١٤) فى نسخة ((ب)) : لغيره .

(١٥) أى الدين الثانى وهو الزيادة المذكورة فى رأس المسألة .

(١٦) أى عند غير من له الدين ، حيث لا يجوز له ذلك .

والجامع فى القياس المذكور هو أنه مرهون بحق فى كل من الاصل وهو مالو رهن الزيادة فى الدين عند شخص آخر والفرع وهو مالو رهنها عند المرتهن الأول .

ولما كان حكم الاصل هو عدم جواز الرهن عند غير من له الدين ، كان حكم الفرع كذلك فلا يجوز له رهن الزيادة عند من له الدين الأول أيضا لذلك .

(١٧) وهو مالو رهن الزيادة عند غير المرتهن .

(١٨) أى المرتهن وهو مستحق الدين والزيادة .

(١٩) لان المرتهن لا يتمكن من استيفاء حقه من الرهن اذا كان فى يد غيره .

(٢٠) أى فيما لو رهن الدين الثانى عند مرتهن الدين الأول .

(٢١) أى حق الدين الأول .

والمقصود: أن بين الاصل والفرع فى قياسهم رهن المال عند من له الدين على رهنه عند من ليس له الدين فارقا لاسقاطه حق الدين الأول فى الاصل دونه فى الفرع ، والقياس مع الفارق باطل .

قالوا : لو لحقت الزيادة [٢٢] ، صار كأنه رهن نصفه بالأول [٢٣] ونصفه بالثانـــــى ،

وذلك رهن مشاع [٢٤] فلم يصح

قلـــنا : عندنا يصح [٢٥] ، ثم اذا لحق بالعقد [٢٦] صار كأنه وقع العقد عليهما [٢٧]

دفعة واحدة ، فلا يكون رهن [٢٨] مشاع .

قالوا : ان كان قيمة الرهن أكثر [٢٩] فما زاد أمانة ، فلا يصير مضمونا الا بقبض

جديـــــد [٣٠] ، كالوديعة [٣١] ،

---

(٢٢) أى بالدين الأول .

(٢٣) أى نصف المال المرهون بالدين الأول .

(٢٤) من الاشاعة وهى الانتشار والذيوع ، وعدم الانقسام والتجزؤ . تقـــول : سهم مشاع وشائع أى غير مقسوم . أنظر المختار ص٣٥٢ .

(٢٥) أى رهن المشاع ، أنظر المنهاج ص٥٤ .

(٢٦) أى الدين الثانى وهو الزيادة .

(٢٧) أى الدين القديم والجديد .

(٢٨) سقط كلمة (رهن) من الأصل .

(٢٩) أى من الدين القديم والجديد .

(٣٠) لان الرهن لا يصير مضمونا ولازما الا بقبض المرتهن . أنظر الهدايـــــة : جـ٩ ص٦٥ ومابعدها .

(٣١) أى فانها امانة فاذا استدان عليها من الوديع ورهنها بالدين عنـــــده فانها لا تصير مضمونة على الوديع للارتهان الا بقبض جديد بجامــــــع صيرورة الزيادة أمانة فى كل من الاصل وهو الوديعة والفرع وهو الرهــــن ولما كان حكم الاصل هو عدم دخول الزيادة على الوديعة فى ضمان المودع عنده الا بقبض جديد كان حكم الفرع كذلك فلا تدخل الزيادة على الديــــن الأول فى الرهن الواحد الا بقبض جديد فى رهن آخر جديد أيضا لذلك . والرهن مضمون على المرتهن بالقبض عند الحنفية . أنظر الهداية جـ٩ ص٦٨ ، والمبسوط جـ٢١ ص٦٤ .

وان كان مثل الدين لم يصح(٣٢) الا(٣٣) بفسخ الضمان فى شئ من الرهن(٣٤)، وتجديد(٣٥) ضمان آخر ورهنه به(٣٦).

قلنا : الرهن عندنا غير مضمون(٣٧)، وعلى أنه اذا لحق بالعقد(٣٨)، صار(٣٩) كما لو عقد على الجميع فى الابتداء(٤٠) أو استقر القبض فى الجميع(٤١)، كما قالوا فى الزيادة فى الثمن(٤٢).

---

(٣٢) أى الأول ،أى قبل الزيادة عليه .

(٣٣) أى الزيادة عليه .

(٣٤) ليكون للدين الجديد مقابل فى المال المرهون ليستوفى منه عند المحل .

(٣٥) زاد فى نسخة ((ب)) بعد قوله : فى شئ من الرهن : وذلك يفتقر الى فسخ قبض وتجديد قبض آخر كما لو قضاه الدين واستدان منه دينا آخر ورهنه به . أهـ

(٣٦) أى ورهن الدين الجديد بما فسخ من الرهن السابق لتكون الزيادة مرهونة بعقد جديد لتدخل به الزيادة فى ضمان المرتهن . ولو لم نفعل ذلك ـ أعنى فسخ الضمان فى شئ من الرهن وتجديد ضمان آخر ورهنه به ـ للزم عليه شغل مشغول ، وذلك لا يجوز .

(٣٧) أنظر المنهاج : ص ٥٦ : وهو ـ أى الرهن ـ امانة فى يد المرتهن .أهـ

(٣٨) أى الدين الجديد وهو الزيادة .

(٣٩) وهو الرهن فى الدين الأول .

(٤٠) أى فلا يلزم منه شغل مشغول . أى فيصح الرهن فى الدين الأول والزيادة معا .

(٤١) أى الدين القديم والزيادة الجديدة عليه .

(٤٢) أى فى مدة الخيار حيث تلحق بالثمن وان كانت بعد القبض . أنظر التبيين جـ٤ ص ٨٣ .

قالوا : الرهن تابع للحق (٤٣) ، فلا يجوز أن يصير تابعا لحق آخر ، كحقوق الدار (٤٤) .

قلنا : اذا جاز أن يكون (٤٥) تابعا لجزء من الحق (٤٦) ، ثم هو تابع للباقي (٤٧) جاز أن يكون تابعا للحق (٤٨) ويصير تابعا لحق بعده (٤٩) .

---

(٤٣) وهو الدين .

(٤٤) حيث لا يجوز أن تكون حق دار تابعا لدار أخرى . كحق المرور والاستضاءة والتهوية ونحو ذلك .

والجامع في القياس المذكور هو التبعية لحق معين في كل من الاصل وهو حقوق الدار والفرع وهو حق الرهن .

ولما كان حكم الاصل عدم جواز تبعية حقوق الدار لغيرها ، كان حكم الفرع كذلك فلا يجوز أن يكون حق الرهن تابعا لحق آخر وهو الزيادة على الدين الأول أيضا لذلك .

(٤٥) أي المرهون .

(٤٦) كأن يكون له مائة درهم دينا على شخص فيرهنه المدين عينا قيمتها ألف درهم ،

صح الرهن ويكون مازاد على المائة من قيمة الرهن تابعا لها في الحبس حتى يستوفي المرتهن حقه من المدين كاملا .

(٤٧) أي في وجوب حبسه عن الراهن حتى يؤدي جميع الدين .

(٤٨) وهو الدين الأول .

(٤٩) وهو الزيادة على الدين الأول .

* مسألة (١٠٥) : اذا رهن عينا عند اثنين ،كان عند كل واحد منهما نصفه.(١) / ١٥٠ ى

وقال أبو حنيفة : جميعه رهن عند كل واحد منهما.(٢)

لنا : هو انه عقد لا ينعقد على جميع العين لأحدهما بعد الآخر،(٣) فلا ينعقد لهما(٤) فى حالة واحدة كالبيع.(٥)

---

(١) أى تعلق حق كل واحد منهما بنصف الرهن .

أنظر: شرح المحلى جـ٢ ص٢٧٣ وهذا هو أحد القولين والثانى يجوز لاحدهما الانفراد بحفظه لمشقة الاجتماع ومحل ذلك:اذا اطلقا ولم يعينا المرتهن منهما . المختصر ص ٩٩ .

(٢) الهداية جـ٩ ص ١٠١ وشرح العناية عليه. التبيين جـ٦ ص٧٨ . مجمع الانهر جـ٢ ص ٥٩٨ .

وهو قول الحنابلة: شرح المنتهى جـ٢ ص٢٣٧ . كشاف القناع جـ٣ص٣٣١ المغنى جـ٤ص٢٦٤ .

واجاز المالكية جعل جميع الرهن عند احدهما . أنظر المنتقى جـ٥ ص٢٥٦ ولم أقف على قول ابن حزم فى هذه المسألة .

(٣) لان العين اذا رهنت للشخص الاول لم يجز أن تضاف أيضا الى شخص آخر قبل فكها من رهن الأول .

(٤) بأن يكون كله لكل واحد منهما ،بل انعقد لهما معا على أن يكون لكل منهما نصفه .

(٥) حيث لا ينعقد لمشتريين فى حالة واحدة وانما ينعقد لكل منهما نصفه . بجامع انه عقد لا ينعقد على جميع العين لاحدهما بعد الاخر فى كل من الاصل وهو البيع والفرع وهو الرهن .

ولما كان حكم الاصل هو عدم انعقاد البيع لمشتريين فى آن واحد ، كان حكم الفرع كذلك فلا ينعقد الرهن لمرتهنين فى حالة واحدة أيضا لذلك .

قالوا : اذا جنى العبد على اثنين تعلق (٦) حق كل واحد منهما بجميعه ، فكذلك اذا رهن عند اثنين . (٧)

قلنا : لان هناك (٨) ، لو جنى على أحدهما ثم جنى على الآخر (٩) ، تعلق حق كل واحد منهما (١٠) بجميعه (١١) ، ولو رهن عند أحدهما (١٢) ، لم يجز أن يرهن عند الآخر . (١٣)

---

(٦) في نسخة ((ب)) : يتعلق حق .

(٧) فيجعل جميعه عند كل واحد منهما .
بجامع تعلق الحق بجميعه في كل من الاصل وهو مالو جنى العبد على اثنين والفرع وهو مالو رهن عند اثنين .
ولما كان حكم الاصل تعلق حق كل واحد من المجنى عليهما بالعبد ، كان حكم الفرع كذلك فيتعلق حق كل واحد من المرتهنين بالعين أيضا لذلك .

(٨) أي فيما لو جنى العبد على اثنين .

(٩) أي ان الجناية عليهما لم تكن في آن واحد بل متواترة ، والحكم في الحالتين مختلف .

(١٠) سقط قوله (منهما) من نسخة ((ب)) .

(١١) أي بجميع العبد الجاني .

(١٢) في نسخة ((ب)) : عبد . / وهو تصحيف .

(١٣) لاستغراق الرهن الأول لجميع العين المرهونة .
أي ولذلك لا يصح قياس رهن العبد عند اثنين على جنايته على اثنين للفارق المذكور بينهما .

* مسـألة (١٠٦) : رهن المشاع (١) جائز (٢). / ١٥٠ ى.

وقال أبو حنيفة : لا يجوز (٣).

لنـا : هو انه عين يصح بيعها ، فصح رهنها ، كالمقسوم (٤). ولان كـل عقد صح أن يعقد على عين واحدة لاثنين صح أن يعقد على بعضها لأحدهما ،

---

(١) من قولك : شاع يشيع شيوعا ومشاعا وشيعوعة وشيعانا محركة ، ذاع وفشا . وسهم شائع وشاع ومشاع : غير مقسوم - وهو المقصود هنا - أهـ القاموس جـ٣ ص ٤٧ . المصباح جـ١ ص ٣٥٤ .
وسواء كانت الاشاعة مع شريك أو غيره .

(٢) الأم : جـ٣ ص ١٩٠ . المختصر ص ٩٣ . المنهاج ص ٥٤ .
وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى جـ٢ ص ٢٢٩ . كشاف القناع جـ٣ ص ٣١٢ المغنى جـ٤ ص ٣٥٢ .
واليه ذهب المالكية : الشرح الصغير جـ٢ ص ١١٠ . الجواهر جـ٢ ص ٧٨ . شرح المنح جـ٣ ص ٦١ .
وبه يقول ابن حزم : المحلى جـ٨ ص ٤٨٢ .

(٣) الهداية جـ٩ ص ٨٢ . التبيين جـ٦ ص ٦٨ . مجمع الانهر جـ٢ ص ٥٩١ . الا أن عبارتهم فيه مختلفة فقيل: انه باطل. وقيل: فاسد ، كما ذكر ذلك فـي حاشية الشلبى جـ٦ ص ٦٨ .

(٤) حيث يصح رهنه وبيعه .
بجامع ان كلا عين يصح بيعها فى كل من الاصل وهو المال المقسوم والفـرع وهو المال المشاع .
ولما كان حكم الاصل هو صحة رهن المقسوم كان حكم الفرع كذلك فيصـح رهن المشاع أيضا لذلك .

كالبيع (٥) ، ولانه احدى حالتي الرهن (٦) فصح في المشاع (٧) ، كالاستدامة (٨) ، وهو اذا باع نصفه (٩) باذن المرتهن فيبقى الرهن في النصف (١٠) ، في احدى الروايتين (١١) .

قالوا : القصد من الرهن التوثق بدوام اليد (١٢) ، ولهذا ، العادة فيه

---

(٥) حيث يصح أن يعقد على عين لاثنين وعلى بعضها لواحد .
بجامع صحة العقد على عين واحدة لاثنين ، في كل من الاصل وهو البيع والفرع وهو الرهن .
ولما كان حكم الاصل صحة عقد البيع على بعض العين لاحد المالكين كان حكم الفرع كذلك فيصح عقد الرهن على المشاع أيضا لذلك .

(٦) وهما الاشاعة والقسمة .

(٧) أي ابتداء .

(٨) أي كصحة الرهن في المشاع دواما . والمقصود: قياس حال استدامة الرهن وهو ماسيفسره المصنف ، على حال الابتداء فيه .
والجامع في القياس المذكور هو انه احدى حالتي الرهن في كل من الاصل وهو الاستدامة في الرهن اذا طرأت عليه الاشاعة ، والفرع وهو رهن المشاع ابتداء .
ولما كان حكم الاصل هو صحة الرهن اذا طرأت عليه الاشاعة ، كان حكم الفرع كذلك فيصح رهن الملك المشاع ابتداء أيضا لذلك .

(٩) أي على جهة الاشاعة .

(١٠) أي على الشيوع .
أي فصح رهن المشاع دواما ، فيصح رهنه مشاعا ابتداء .

(١١) لم أعثر فيما اطلعت عليه من المراجع على من نقل الخلاف المذكور ، فليحرر
أنظر المنهاج ص ٥٤ وشروحه حيث اقتصروا على ذكر القول المذكور هنا فقط .

(١٢) أي على المرهون ليتمكن من الاستيفاء عند المحل ولا يكون ذلك الا باستحقاق الحبس الدائم للمرهون .

الامساك ، والاشاعة تزيل اليد (١٣) ، وربما جحد (١٤) ، فلا يمكن الاستيفاء والعقد اذا قارنه ماينافي مقصوده (١٥) بطل ، كما لو رهن مغصوبا (١٦) ، أو شرط في الرهن أن يكون يوما رهنا ويوما لا (١٧) ، أو تزوج من لا تحل له (١٨) ، أو استأجر مالا منفعة فيه (١٩) .

قلنا : لا نسلم ان القصد دوام اليد (٢٠) ، بل القصد البيع للاستيفاء (٢١) ، ولهذا لا يجوز رهن مالا يجوز بيعه (٢٢) ، كالوقف وام الولد (٢٣) ، وان أمكن دوام

---

(١٣) أي فكانت على نقيض المقصود من الرهن .

(١٤) أي الراهن في الرهن المشاع .

(١٥) وهو نمع اليد للتمكن من الاستيفاء في الرهن أو نحو ذلك مما سيمثل له .

(١٦) حيث لا يمكن الاستيفاء من المال المغصوب . فلا يصح رهنه .

(١٧) حيث لا يجوز ذلك لخروجه عن اليد في اليوم الذي لا يكون فيه مرهونا وذلك يناقض مقصود الرهن وهو امكان الاستيفاء منه وقت المحل .

(١٨) سقط لفظ (له) من نسخة ((ب)) . / لعدم امكان الوطء وهو المقصود من النكاح .

(١٩) لان القصد من الاجارة هو المنفعة فاذا انعدمت بطلت الاجارة لفواتها في هذا العقد .

(٢٠) أي على المرهون في الرهن .

(٢١) فاذا حل وقت التسليم طولب الراهن بالدين أو ببيع المرهون لا يفاء ماعليه من الحق منه ، ودوام اليد ليس مقصودا فيه ، وانما يراد لخوف الافلاس وقت المحل .

(٢٢) لعدم امكان الاستيفاء منه حيث لا يباع .

(٢٣) اذ لا يجوز بيعهما . اما الوقف فلانه محبوس لمنفعة معينة فيه . واما أم الولد فلانها اكتسبت الحرية بالولادة فارتفعت عن درجة الرق وقاربت الحرية ، وذلك معنى يمنع من بيعها .

اليد فيه[٢٤] ، والبيع يمكن فى المشاع[٢٥] ، وقولهم انه يجحد[٢٦] ، لا يصح ، لان أمر المسلمين يحمل على السلامة ، ولانه يشهد[٢٧] أو يستحلف[٢٨] فلا يجحد . ثم يبطل به[٢٩] اذا رهن عند اثنين[٣٠] ، أو باع نصفه باذن المرتهن ، فان يده[٣١] تزال[٣٢] ، وربما جحد ، ثم يصح[٣٣] ، والمغصوب

---

(٢٤) لعدم صحة بيعهما ، اما الوقف فلأنه مؤبد ، وأما أم الولد فللاجماع على منعه . أنظر مغنى المحتاج جـ٤ ص٢٤٥ الا أن داود قد خالف ذلك فاجاز بيعها . أنظر رحمة الامة ص ٣٣٢ .
والمقصود: ان هذا يبطل ما ذهبوا اليه من جعل علة الرهن التوثق بدوام اليد عليه ، حيث تخلفت فى الوقف وام الولد اذ لا يجوز بيعهما مع امكان دوام اليد عليهما .

(٢٥) أى فكذلك الرهن فيه ممكن أيضا .

(٢٦) فى نسخة ((ب)) : وقولهم ربما يجحد ./ وفاعل يجحد هو الراهن فى الملك المشاع .

(٢٧) أى ولان مرتهن الملك المشاع يشهد على الارتهان ، فلا يتمكن الراهن من الجحود .

(٢٨) أى يستخلفه المرتهن على رهنه نصيبه من الملك المشاع.
وفى نسخة ((ب)) : ولانه يشهد عليه أو يستحلفه .

(٢٩) أى أن المعنى الذى ابطلتم من اجله رهن المشاع يبطل بما سيذكره الان

(٣٠) أى وكان مما لا ينقسم .

(٣١) أى المرتهن .

(٣٢) أى عن المرهون وعن النصف المبيع باذن المرتهن .

(٣٣) أى فلم يعتبر احتمال جحده الرهن مانعا من صحة الرهن فبطل تعليلهم بطلان رهن المشاع بالجحد لوجود ما جعلوه علة فى البطلان هنا ثم تخلف الحكم عنها .

لا يمكن بيعه عند المحل[٣٤]، ومارهن يوما ويوما لا ، لم ينعقد الرهن فيه على الدوام[٣٥]، وهذا عقد الرهن فيه على الدوام[٣٦] ، وانما أزيل اليد فيه[٣٧] بحكم الاشاعة[٣٨] ، فهو كالبيع لا يجوز يوما ويوما لا[٣٩] ، ويجوز أن تزال فيه اليد بالاشاعة[٤٠]، والنكاح والاجارة يراد للمنفعة[٤١] ، وهذا يراد للبيع[٤٢]، يبينه[٤٣] ان التحريم في البضع ، وبطلان المنفعة في الاجارة لو طرأ في الاستدامة بطل[٤٤]، ولو طرأت الاشاعة في الرهن لم يبطل[٤٥].

---

(٣٤) في نسخة ((ب)) : لا يصح بيعه . / لانه غير مقدور على تسليمه للمشترى .

(٣٥) أى بخلاف رهن المشاع حيث يمكن ذلك فيه .

(٣٦) لانقطاعه في اليوم الذى لا يكون فيه مرهونا . فيكون فيه خارجا عن سلطة المرتهن ، وذلك مناقض للغرض منه وهو التوثق به للاستيفاء .

(٣٧) أى رهن المشاع .

(٣٨) أى في رهن المشاع .

(٣٩) أى أن يشترط البائع على المشترى أن يكون المبيع في ملك المشترى يوما ويوما لا .

(٤٠) في نسخة ((ب)) : ان تزال اليد فيه بالاشاعة . / أى في البيع.
أى فصح أن بين الاصل والفرع في قياسهم رهن المشاع على ماجعل يوما رهنا ويوما لا ، فارقا ، والقياس معه باطل .

(٤١) أى كل منهما .

(٤٢) أى المرهون .

(٤٣) فاختلفا في علة الحكم ، فلا يصح قياس أحدهما على الآخر لذلك .

(٤٤) كما لو ارتد أحد الزوجين في النكاح أو انهدمت الدار في الاجارة حيث يبطل عقدهما لفوات المقصود منه .

(٤٥) حيث لو باع الراهن نصف المرهون على الاشاعة باذن المرتهن فان الرهن لا يبطل ، لان الاشاعة في الرهن لا تزيل ملك الراهن فلا يزول بطروها المقصود من الرهن ، لانه يمكن الاستيفاء من الملك المشاع.
وبثبوت هذا الفارق بين عقد النكاح والاجارة وعقد الرهن يبطل قياس أحدهما على الاخر .

* مسألة (١٠٧) : اذا قال لعبده ان قدم زيد فانت حر ،ثم رهنه لم يصح الرهن (١) في أحد القولين (٢) . ١٥٠/ ش
وقال أبو حنيفة : يصح . (٣)

---

(١) ومحل عدم الصحة: هو ماذا علقه بصفة يحتمل حدوثها قبل حلول الرهن والا بطل ان حدثت قبله لا بعده .

(٢) وهو الاصح منهما . فتح العزيز جـ١٠ ص١٧ . لكن الغزالي ذكر القول بعدم صحته بصيغة التعريض فقال : وقيل انما طل اذ لا يقوى الرهن على دفع عتق جرى سببه . أهـ الوجيز جـ١ ص١٦٠ . مغني المحتاج جـ٢ ص١٣٠ .
وذكر في المجموع جـ١٢ ص٢١٤ القولين فقال : أحدهما : يصح الرهن لان وقوع العتق قبل محل الدين مشكوك فيه ، والثاني : لا يصح لان الصفة قد توجد قبل محل الدين فيبطل الرهن وذلك غرر من غير حاجة . هذا قول عامة أصحابنا - ثم قال - وقال أبو علي في الافصاح : لا يصح رهنه قولا واحدا لانه عقد الرهن على غرر . أهـ وأبو علي هو ابن أبي هبيرة الوزير توفي سنة ٥٩٠ هـ .

(٣) لان ما صح بيعه صح رهنه ، والمدبر المطلق لا يجوز بيعه وهو من قال له سيده: ان مت فأنت حر ، واما المقيد فيجوز وهو من قال له : ان مت من مرضي هذا أو الى عشر سنين واحتمل عدم موته فيها .
أنظر: الهداية جـ٤ ص٣١٨ وص٣٢٢ كتاب التدبير. التبيين جـ٣ ص١٠٠ . مجمع الانهر جـ١ ص٥٣٢ والتي تليها .
فاذا جاز رهن المدبر المقيد لجواز بيعه ، جاز رهن المعلق عتقه بقدوم زيد أيضا والله أعلم .

وبجواز رهنه يقول الحنابلة أيضا : كشاف القناع جـ٣ ص٣٠٨ وذكر في المغني جـ٤ ص٢٥٥ وجها آخر فقال : ويحتمل أن لا يصح رهنه لان فيه غررا اذ يحتمل أن يعتق قبل حلول الحق . أهـ
والمالكية يجيزون رهن المدبر ليباع للغرماء ولو في حياة سيده ان سبق الدين على التدبير ، أنظر: الشرح الكبير جـ٤ ص٣٨٣ . الجواهر جـ٢ ص٣٠٥ . شرح المنح جـ٤ ص٦٠ .
=

لنـــا : انه علق عتقه على صفة يجوز أن تتقدم على محل الحق، فمنـــع الرهن ، كالتدبير.(٥) (٤)

قالوا : محوز.(٦) يجوز بيعه ، فجاز رهنه ، كغيره.(٧)

= وتعليق العتق بقدوم زيد ثم رهنه ، مثل ذلك . فينبغى انه يصح عندهـم والله أعلم .

وابن حزم يجيز بيع المدبر مطلقا ، أنظر المحلى جـ ١ ص ٢٤٩ فيجـــوز رهنه عنده والله أعلم .

(٤) أى ذلك التعليق .

(٥) حيث لا يصح رهنه لتعليق العتق فيه بموت سيده وربما يموت العبد قبلـه فيبطل الرهن به .

بجامع التعليق على صفة يجوز أن تتقدم على محل الحق فى كل من الاصل وهو التدبير ، والفرع وهو الرهن .

ولما كان حكم الاصل المنع من رهن المدبر لاحتمال موت سيده قبل حلـول الرهن فيبطل الرهن بذلك ، كان حكم الفرع كذلك ، فلا يصح الرهن المعلق على قدوم زيد لاحتمال قدومه قبل المحل فيبطل الرهن لذلك أيضا .

(٦) اسم مفعول من حاز الشئ يحوزه اذا ملكه وضمه الى نفسه ، وهو من بـاب قال وكتب ، تقول : حاز الشئ واحتازه فهو محوز وحائز. أنظر المختار ص ١٦٢ .

(٧) أى من العبيد أو المال .

والجامع فى القياس المذكور هو الحيازة فى كل من الاصل وهو ماعـــدا المرهون المعلق عتقه بقدوم زيد ، والفرع وهو رهن المعلق عتقه بقدوم زيد .

ولما كان حكم الاصل صحة رهن ماعدا المرهون المعلق عتقه بقدوم زيد كـان حكم الفرع كذلك فيجوز رهن المعلق عتقه بقدوم زيد أيضا لذلك .

قلـــنا : هناك(٨) لم يعلق عتقه بمعنى يتقدم محل الحق ، وهاهنا(٩) علـق عتقه بمعنى(١٠) يجوز أن يتقدم على محل الحق(١١) ، فافترقا(١٢) .

* مســألة (١٠٨) : لا يجوز رهن ما يسرع اليه الفساد(١) فى الدين المؤجـــل فى أحد القولين(٢) . / ١٥٠ ش.

وقال أبو حنيفة : يجوز(٣) .

---

(٨) أى فى المرهون غير المعلق عتقه بقدوم زيد . وهو الاصل المقيس عليـــه فى قياسهم .

(٩) أى فى المرهون المعلق عتقه بقدوم زيد وهو الفرع المقيس فى قياسهم .

(١٠) لفظ (بمعنى) مكرر فى الاصل . / والمعنى المقصود هو قدوم زيد .

(١١) وهو وقت لزوم دفع الدين للمرتهن .

(١٢) أى الاصل والفرع فـــى قياسهم ، أى والقياس مع الفارق باطل .

(١) مثل الزرع الاخضر ومنه قصب السكر وكثمرة لا تجفف ولم يبد صلاحهـــا ولو مع اصلها أو لم يشترط قطعها . أنظر القليوبى جـ٢ ص ٢٦٤ وكـــذا البقل والبطيخ والقثاء والموز ونحو ذلك كالطبيخ ونحوه .

(٢) وهو اظهر القولين ، رجحه العراقيون ، والاكثرون واليه ذهب الرافعـــى فى المحرر ، أنظر شرح المحلى جـ٢ ص ٢٦٥ . فتح العزيز جـ١٠ ص ١١٠ . الام جـ٣ ص ١٦٣ .

(٣) أنظر مجمع الانهر جـ٢ ص ٥٩٢ : ولا يصح رهن الثمر على الشجر بدون الشجر ، ولا الزرع فى الارض بدونها . أهـ

قلت : لانه اذا جذ الثمرة ليقبضها المرتهن اسرع اليها الفساد .

وأنظر التبيين جـ٦ ص ٦٩ وحاشية الشلبى جـ٦ ص ٨٩ . الهداية جـ٩ ص ٨٤ وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى جـ٢ ص ٢٢٩ . كشاف القناع جـ٣ ص ٣١٢ وذكر فى المغنى جـ٤ ص ٢٦ ، [illegible] آخر بمنع رهنه .

ولما كان المالكية قائلين بجواز رهن مالم يبد صلاحه من الثمر فى المشـــهور . أنظر الشرح الكبير جـ٣ ص ٢٣٣ . الجواهر جـ٢ ص ٧٨ . شرح المنح جـ٣ ص ٥٩ =

لنـــا : هو انه لا يمكن بيعه عند المحل ، فأشبه أم الولد[٤] .

قالوا : دين يجوز أن يرهن به مالا يسرع اليه الفساد ، فجاز أن يرهـــن به ما يسرع اليه الفساد ، كالدين الحال[٥] .

قلنا : لان هناك[٦] يمكن بيع المالين[٧] فيه[٨] ، وهاهنا[٩] يمكن بيع أحدهـــما[١٠] دون الآخر[١١] ، فافترقا[١٢] .

= جاز أن يكونوا قائلين بجواز رهن ما يسرع اليه الفساد ، لان الثمرة بعـــد ظهورها وقبل بدو صلاحها معرضة للتلف أكثر منها بعد بدوه . والله أعلم

ولم أقف على قول ابن حزم في هذه المسألة .

(٤) حيث لا يجوز رهنها .

بجامع العجز عن بيعه عند المحل ، في كل من الاصل وهو ام الولد والفـــرع وهو ما يسرع اليه الفساد .

ولما كان حكم الاصل عدم جواز رهن أم الولد ، كان حكم الفرع كذلـــك فلا يجوز رهن ما يسرع اليه الفساد أيضا لذلك .

(٥) حيث يجوز فيه رهن ما يسرع اليه الفساد .

بجامع ان لا فارق في كل من الاصل وهو الدين الحال والفرع وهو الديـــن المؤجل .

ولما كان حكم الاصل هو جواز رهن ما يسرع اليه الفساد في الدين الحـــال كان حكم الفرع كذلك فيجوز رهن ما يسرع اليه الفساد في الدين المؤجـــل لانتفاء الفارق بينهما .

(٦) أي في الدين الحال .

(٧) وهما ما يسرع اليه الفساد وما لا يسرع اليه الفساد .

(٨) أي لبقاء المالية فيهما في الحال .

(٩) أي في الدين المؤجل .

(١٠) وهو ما لا يسرع اليه الفساد ، لبقاء المالية فيه .

(١١) وهو ما يسرع اليه الفساد لفوات ماليته بفساده .

(١٢) أي والقياس مع الفارق باطل .

* مسـألة (١٠٩) : اذا رهن العصير فصار خمرا زال فيه الملك وبطل الرهن.(١) / ١٥٠ش.

وقال أبو حنيفة : لا يزول الملك ، ولا يبطل الرهن.(٢)

لنا : انه يمنع من التصرف فيه(٣) ،ولا يجب الضمان على متلفه(٤)، فلم يملك(٥)، كما لو مات الحيوان.(٦)

---

(١) المختصر ص ٩٦ . الام جـ٣ ص١٥٩ . شرح المحلى جـ٢ ص ٢٧٠.
وبه يقول الحنابلة : شرح المنتهى جـ٢ ص ٢٣٣ . المغنى جـ٤ ص ٢٥٦.
المقنع ص ١١٦.
وهو قول المالكية : الشرح الكبير جـ٣ ص ٢٣٥ . الجواهر جـ٢ ص ٧٨ -
شرح المنح جـ٣ ص٦٠.
واليه ذهب ابن حزم : المحلى جـ١ ص ٥٠٣.

(٢) الهداية جـ٩ ص١٢٨ . التبيين جـ٦ ص٩٣ . مجمع الانهر جـ٢ ص٦١٠.

(٣) لنجاسته ،ولقول الله تعالى (انما الخمر والميسر والانصاب والازلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه لعلكم تفلحون) المائدة آية/ ٩٠.
فهو مال غير محترم فلا يضمن ، ويجب اجتنابه فلا يجوز التصرف فيه .

(٤) لانه مال غير محترم شرعا لنجاسته فلا يتقدر بثمن .

(٥) فى نسخة ((ب)) : فلم يمكن / أى من الانتفاع به برهنه ، ومافى الاصل أولى .

(٦) حيث تزول عنه ملكية صاحبه له بموته ،فيبطل رهنه .
بجامع المنع من التصرف فيه وسقوط الضمان عن اتلفه فى كل من الاصل وهو الحيوان اذا مات والفرع وهو العصير اذا صار خمرا .
ولما كان حكم الاصل هو بطلان الرهن بموته كان حكم الفرع كذلك فيبطل الرهن فى العصير اذا تخمر أيضا لذلك .

قالـوا : له قيمة فى الأصل (٧) وله قيمة فى الثانى (٨) ، فكان مالا فى الحـــال (٩) ، كالعبد المرتد (١٠) .

قلنا : يبطل بجلد الميتة (١٠) ، والمرتد يجوز التصرف فيه (١١) ، بخلاف الخمر (١٢) .

قالوا : لو زال الملك فيه ، لوجب اذا صار خلا ان لا يعود رهنا (١٣) .

---

(٧) أى حين كان عصيرا قبل التخمر.

(٨) وهو حال صيرورته خمرا . بدليل تضمين المسلم قيمتها اذا اتلفها لذمى . أنظر الهداية جـ٩ ص ٨٩ .

(٩) أى فى الحال الثانى . أو كان الأولى أن يقول (فى الحالين) .

(١٠) فى الاصل (كالمرتد) . / حيث لا يبطل الرهن بردة العبد . والجامع فى القياس المذكور هو كونه مالا متقوما فى الحالين ، فى كل مـــن الاصل وهو العبد اذا ارتد والفرع وهو العصير اذا تخمر. ولما كان حكم الاصل هو عدم بطلان الرهن بردته ، كان حكم الفرع كذلك فلا يبطل الرهن اذا تخمر العصير أيضا لذلك .

(١٠) أى فان لها قيمة فى الاصل أعنى قبل موتها ، ولها قيمة بعد موتها أعنى اذا دبغ جلدها ثم لم تكن مالا يصح بقاء الرهن بها ، بل ينفسخ الرهـــن فيما زاد على قيمة الجلد بعد دبغه ، فبطل قولهم المذكور.

(١١) بيعا وشراء ورهنا وقرضا ونحو ذلك لان المالية باقية فيه وان ارتد . أنظر الوجيز جـ١ ص ١٦٠ .

(١٢) حيث يحرم اقتناؤها أصلا فضلا عن التصرف فيها . أى فكان هذا فارقـــا بين الاصل والفرع فى قياسهم العصير اذا تخمر على العبد اذا ارتـــد فى بقاء الرهن فيهما . والقياس مع الفارق باطل .

(١٣) أى والحال انه يعود رهنا اذا عاد خلا ، فدل على بقاء الملكية فيه .

قلـــنا : حق الرهن زال بزوال الملك(١٤) فعاد بعوده(١٥) ، كجلد الميتـــة اذا دبغ.(١٦)

* مســألة (١١٠) : اذا قال الراهن : اقبضتك عصيرا ، وقال المرتهـــن بل خمرا ، فالقول قول الراهن فى أحد القولين(١) ./ ١٥٠ ش.

وقال أبو حنيفة : القول قول المرتهن(٢) .

لنا : انهما اختلفا فى صفة يجوز حدوثها بعد القبض فكان القول قـــول من ينفيها ، كالعيب فى المبيع.(٣)

---

(١٤) أى عن المرهون بصيرورته خمرا .

(١٥) أى خلا . أى ولذلك جاز أن يعود العصير اذا صار خمرا ثم عاد خـــلا أن يبقى الرهن فيه .

(١٦) حيث يزول الملك عنه بموت الحيوان ، ثم يعود الى الملكية بالدبغ ، فيكون قد زال الملك عنه بموته وعاد اليه بدبغه .

(١) هذا القول هو الصحيح منهما . والقول الثانى وهو اختيار المزنى أن القول للمرتهن لا ن الراهن يدعى قبضا صحيحا والاصل عدمه .
أنظر المهذب جـ١ ص٣١٧ . الا أن النووى فى المنهاج ص٥٢ . اقتصر علـــى أن القول قول الراهن بيمينه . ولم يذكر الجلال فيها قولا آخر فى شرحـــه للمنهاج ، أنظر شرح المحلى جـ٢ ص ٢٨١ وغيره أيضا فانهم لم يذكـــروا ذلك . وعليه اقتصر فى الوجيز أيضا جـ١ ص١٦٨ .
وهو قول الحنابلة: شرح المنتهى جـ٢ ص٢٤١ .كشاف القناع جـ٣ ص٣٤٠ .
المقنع ص١١٧ .

(٢)
وذهب المالكية الى أن القول قول المرتهن بيمينه لانه غارم ،
أنظر الشرح الصغير جـ٢ ص١٢٣ . الجواهر جـ٢ ص٨٦ . شرح المنح جـ٣ ص١١٠
ولم أقف لابن حزم على رأى فيها .

(٣) حيث اذا اختلفا فى حدوث العيب فى المبيع بعد القبض فان القول فيـــه قول من ينفيه وهو البائع . أنظر المنهاج ص٤٨ . =

قالوا : لم يقر بقبض المشروط (٤) ، فأشبه اذا انكر القبض (٥) أو اقر بقبض العبد ميتا . (٦)

قلنا : اذا أنكر القبض فالظاهر معه (٧) ، لان الاصل عدمه ، وهاهنا (٨) الظاهر مع الراهن لان القبض وجد ، والاصل انه لم تحدث فيه الشدة (٩) ، ولهذا لو اختلف المتبايعان في القبض كان القول قول المشترى (١٠) ، ولو اختلفا في العيب ، كان

= بجامع الاختلاف في صفة يجوز حدوثها بعد القبض في كل من الاصل وهو العيب في المبيع والفرع وهو العيب في الرهن .
ولما كان حكم الاصل هو ان القول في ادعاء العيب في المبيع قول من ينفيه وهو البائع كان حكم الفرع كذلك فيكون القول في ادعاء العيب في الرهن قول من ينفيه أيضا وهو الراهن .

(٤) وهو العصير ، حيث ادعى انه قبضه خمرا .

(٥) أي اصلا . حيث يكون القول قوله .

(٦) حيث يكون القول قوله .
بجامع عدم الاقرار بقبض المشروط في كل من الاصل وهو مالو أنكر القبض أو أقر بقبض العبد ميتا ، والفرع وهو مالو ادعى انه قبض العصير خمرا .
ولما كان حكم الاصل أن القول للمرتهن في انكاره القبض أو اقراره بقبض العبد ميتا ، كان حكم الفرع كذلك فيكون القول قول المرتهن في قبضه العصير خمرا أيضا لذلك .

(٧) أي ولذلك اعتبر القول قوله فيه .

(٨) في ادعاء قبض العصير خمرا .

(٩) في نسخة ((ب)) : لم تحدث فيه الشدة الا بعد ./ أي بعد القبض.

(١٠) لان الاصل عدم القبض .

القول قول البائع (١١)، واما الميت (١٢) فيحتمل أن لا نسلم (١٣)، ثم ذاك (١٤) منكر للقبض (١٥)، لأن الميت لا يصح قبضه (١٦)، وها هنا (١٧) مقر بالقبض وظاهره الصحة لأنه يقبض في الظرف (١٨).

* مسألة (١١١): يجوز للراهن أن ينتفع بالمرهون (١). / ١٥٠ ش.

---

(١١) لان الاصل سلامة المبيع من العيب.

(١٢) أى قبض العبد ميتا.

(١٣) أى أنه قبضه ميتا.

(١٤) وهو من أقر بقبضه العبد ميتا. وهو المرتهن.

(١٥) أى ولذلك كان القول قوله لان الاصل عدم القبض.

(١٦) فاعتبر اقراره بقبضه ميتا انكارا منه للقبض لان الميت لا يصح قبضه.
والمقصود: اثبات الفارق بين الاصل والفرع فى قياسهم المذكور لابطاله.

(١٧) سقط قوله (وهاهنا مقر بالقبض) من نسخة ((ب)).
واسم الاشارة (هاهنا) عائد الى ادعاء المرتهن قبض العصير خمرا.

(١٨) فى نسخة ((ب)): فى الظروف. / أى الاوعية والاوانى.
أى فكان القول قول الراهن لان الظاهر معه. لان تخمر العصير خلاف الظاهر.
ثم ان اقباضه العصير بظرفه الخاص به يقوى قول الراهن انه سلمه عصيرا لا خمرا، عملا بالظاهر، وهو ان الخمر لا تجعل فى ظرف العصير فى العادة.

(١) المختصر ص ٩٨. الام جـ٣ ص١٦٤. المنهاج ص٥٥.
وهو قول المالكية: القوانين ص٣٥٢.
وذهب ابن حزم الى أن منافع الرهن تبقى للراهن كما كانت الا أن يكون المرهون مما يحلب أو يركب فللمرتهن أن يحلبه وان يركبه بالنفقة. أنظر المحلى: جـ٨ ص ٤٨٣.

وقال أبو حنيفة : لا يجوز.(٢)

لنا : ماروى أبو هريرة(٣) أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : (الرهن محلوب ومركوب).(٤)

فان قيل : المراد به المرتهن ، فانه كان ينفق ويركب ، ولهذا قال :

---

(٢) المبسوط جـ ٢١ ص ١٠٦ . شرح معاني الآثار جـ ٤ ص ٩٩ والتي تليها .
وذهب الحنابلة الى أن منافع الرهن تبقى معطلة الا أن يأذن أحدهما للآخر بالانتفاع به فيجوز . ماعدا الركوب والحلب فيجوز للمرتهن الانتفاع به في مقابل انفاقه على المرهون وان بلا اذن الراهن .
أنظر شرح المنتهى جـ ٢ ص ٢٤٢ . كشاف القناع جـ ٣ ص ٣٢٣ . المقنع: ص ١١٦ : وتصرف راهن في الرهن لا يصح الا العتق .أهـ .

(٣) أنظر ترجمته في المسألة رقم (٣١) هامش (٨) .

(٤) رواه الدارقطني جـ ٣ ص ٣٤ . كتاب البيوع رقم / ١٣٦ .
وقد رواه من طريق الأعمش عن أبي صالح عن أبي هريرة .
قال في التلخيص جـ ٣ ص ٣٦ رقم / ١٢٣٢ : وأعلّ بالوقف ، وقال ابن أبي حاتم : قال أبي : رفعه مرة ثم ترك الرفع بعد ، ورجح الدارقطني ثم البيهقي رواية من وقفه على من رفعه .أهـ .
وقد بوب به البخاري في صحيحه فقال : باب الرهن مركوب ومحلوب . جـ ٢ ، ص ٧٨ .
ونص الترمذي أيضا على أنه موقوف على أبي هريرة من هذه الطريق . جـ ٣ ص ٥٥٥ .
كتاب البيوع باب ماجاء في الانتفاع بالرهن ، رقم / ١٢٥٤ .

وعلى من يحلبه ويركبه نفقته[٥] والذى يركبه بالنفقة هو المرتهن ، ثم نسخ.[٦]

قلنا :[٧] هذا دعوى نسخ[٨] ، ثم لا نسلم أنه كانت النفقة على المرتهن[٩] ،

---

(٥) هذا جزء من حديث رواه البخارى جـ٢ ص ٧٨ باب الرهن مركوب ومحلوب.
عن أبى هريرة مرفوعا : الرهن يركب بنفقته اذا كان مرهونا ولبن الدر يشرب بنفقته اذا كان مرهونا وعلى الذى يركب ويشرب النفقة .أهـ
ورواه أبو داود جـ٣ ص ٢٨٨ باب فى الرهن ، رقم/٣٥٢٦ الا أنه قال : يحلب ، بدل يشرب ، فى الموضعين المذكورين .
ثم قال أبو داود : وهو عندنا صحيح .أهـ.
ورواه الترمذى جـ٣ ص ٥٥٥ باب ماجاء فى الانتفاع بالرهن ، رقم/١٢٥٤.
وقال : هذا حديث حسن صحيح لا نعرفه مرفوعا الا من حديث عامر الشعبى عن أبى هريرة .أهـ .

(٦) أى جواز الانتفاع بالمرهون ، لانه يجر منفعة للمرتهن .
فى نسخة ((ب)) ثم فسخ . / أى وناسخه هو النهى عن الربا وعن القرض اذا جر نفعا . أنظر المبسوط جـ٢١ ص ١٠٨.
وأنظر شرح معانى الآثار جـ٤ ص٩٩ أيضا .

(٧) فى نسخة ((ب)) قيل .

(٨) أى فلا تقبل الا بنص صحيح صريح فيه ، أو باجماع ، أو معرفة تاريخ النصين ليعلم المتقدم ويكون منسوخا ، والمتأخر ويكون ناسخا .
أنظر كيفية معرفة كون الحكم منسوخا ، فى المعتمد جـ١ ص ٤٤٩.

(٩) بل على الراهن لان الرهن ملك له ،
قال النووى : ومؤنة المرهون على الراهن ويجبر عليها لحق المرتهن على الصحيح . أهـ . المنهاج ص ٥٦. وفى شرح المحلى جـ٢ ص ٢٧٥ : ، والثانى لا يجبر عند الامتناع ولكن يبيع القاضى جزءا منه فيها بحسب الحاجة .أهـ

وقوله : وعلى من يركبه نفقته (١٠) ، أراد به المالك ، وعبر عنه بالراكب ، لانه هو الذي يركب ، كما قال : انما الطلاق لمن أخذ بالساق (١١) فعبر عن الزوج

---

(١٠) سقط حرف (الواو) في قوله (وعلى) من نسخة ((ب)) .

(١١) رواه الدارقطني جـ٣ ص ٣٧ كتاب الطلاق رقم/ ١٠١ عن عكرمة عن ابن عباس قال : جاء رجل الى النبي صلى الله عليه وسلم يشكو ان مولاه زوجه وهو يريد أن يفرق بينه وبين امرأته ، فحمد الله تعالى وأثنى عليه ، ثم قال : مابال قوم يزوجون عبيدهم اماءهم ثم يريدون أن يفرقوا بينهم ، الا انما يملك الطلاق من أخذ بالساق .أهـ.
ورواه من طريق آخر عن عكرمة ولم يذكر ابن عباس بلفظ : انما الطلاق لمن أخذ بالساق . رقم الحديث / ١٠٢ .
وفي سند الطريق الأولى أحمد بن الفرج أبو عتبة الحمصي المعروف بالحجازي ، ضعفه محمد بن عوف الطائي ، قال ابن عدي لا يحتج به . وقال ابن أبي حاتم : محله الصدق ، وأخرجه الطبراني أيضا وفيه يحيى الحماني وهو ضعيف الحديث . أنظر التعليق المغني على الدارقطني جـ٣ ص ٣٧ .
وفي سند الطريق الثانية عبد الله بن لهيعة ، وهو ضعيف ، الا أن يكون الراوي عنه ابن المبارك وابن وهب والمقرى ، فصحيح لانهم رووا عنه قبل الاختلاط . أنظر الضعفاء ص ١٧٥ .

ورواه ابن ماجه جـ١ ص ٦٧٢ باب طلاق العبد ، رقم/ ٢٠٨١ عن ابن عباس ، وفيه ابن لهيعة المذكور أيضا . ولعله يقوى بتعدد طرقه وعمل الناس به .

بالأخذ بالساق . ولانه استيفاء منفعة لا تؤثر فى مقصود المعقود له (١٢) ، فلا يمنع المالك منه لحق العاقد (١٣) كوطئ المستأجرة. (١٤) ولانه عقد لا يوجب الخدمة للمعقود له (١٥) ، فلا يمنع المالك من استيفائها ،كتزويج الامة ،واعارة العبد (١٦) ، أو عبد تعلق برقبته دين ليس بعوض عنه، (١٧) فلم يمنع المالك من استخدامه ،كالعبد الجانى (١٨)

---

(١٢) وهو حبس المرتهن الرهن وثيقة للاستيفاء وقت الحلول .

(١٣) لان حق العاقد وهو المرتهن متعلق بذات المرهون فقط.

(١٤) حيث لا يمنع زوج المستأجرة من وطئها .
بجامع ان كلا استيفاء منفعة لا تؤثر فى مقصود المعقود له فى كل من الاصل وهو وطؤ المستأجرة. والفرع وهو الانتفاع بالرهن .
ولما كان حكم الاصل جواز وطئ الزوج زوجته المستأجرة ،كان حكم الفرع كذلك فيجوز للراهن الانتفاع بالرهن أيضا لذلك .

(١٥) فى نسخة ((ب)) : ولانه لا يمنع المالك من منفعة غلتها .

(١٦) حيث لا يوجب تزويج الامة عليها خدمة زوجها بل لسيدها استيفاء خدمتها لنفسه ، وكذا اعارة العبد لا تمنع سيده المالك له من استيفاء خدمته لنفسه .
وذلك بأن يفسخ الاعارة .
بجامع ان كلا عقد لا يوجب الخدمة للمعقود له ، اما الاصل فهو تزويج الامة واعارة العبد ، واما الفرع فهو الرهن .
ولما كان حكم الاصل عدم منع المالك من استخدامه الامة المزوجة والعبد المستعار كان حكم الفرع كذلك فلا يمنع الراهن من الانتفاع بالرهن أيضا لذلك .

(١٧) أى ليس العبد الذى رهن بالدين بعوض عن ذلك الدين بل هو وثيقة لاستيفاء الدين منه .

(١٨) حيث لا يمنع مالكه من استخدامه وان تعلقت الجناية برقبته .
بجامع ان كلا عبد تعلق برقبته دين ليس بعوض عنه ، اما الاصل فهو العبد الجانى ، واما الفرع فهو العبد المرهون .
=

قالوا : انتفاع بالمرهون ، فمنع منه الراهن ، كالوطئ ولبس الثوب. (١٩)

قلنا : الوطؤ يفضي الى الحبل ، فتنقص به القيمة ، ولا يؤمن ان تهلك في الطلق ، واللبس يخلق (٢٠) الثوب وينقص قيمته ، فيستضر به المرتهن (٢١) ، والخدمة لا يستضر بها (٢٢) فلم تمنع.

قالوا : محبوس على وجه الوثيقة ، فلم يجز للمالك استيفاء منفعته ، كالمبيع في يد البائع . (٢٣)

= ولما كان حكم الاصل جواز استخدام السيد عبده الجاني ، كان حكم الفرع كذلك فيجوز للراهن استخدام عبده المرهون أيضا لذلك .

(١٩) حيث يمنع الراهن منهما في الامة المرهونة والثوب.

بجامع ان كلا انتفاع بالمرهون ، اما الاصل فهو وطؤ المرهونة ولبس الثوب المرهون ، واما الفرع فهو استخدام العبد المرهون .

ولما كان حكم الاصل تحريم وطئ المرهونة ولبس الثوب المرهون ، كان حكم الفرع كذلك فيحرم استخدام المرهون أيضا لذلك .

(٢٠) أي يبليه ، منه قولك خلق بفتح فضم الثوب اذا بلى ، وبابه سهل ، واخلق أيضا مثله ، واخلقه صاحبه ، يتعدى ويلزم . أنظر المختار ص ١٨٧ .

(٢١) لاحتمال أن تنقص قيمته عن قدر المال المرهون به فلا يتمكن من الاستيفاء عند الحلول .

(٢٢) لانها لا تنقص قيمة الخادم بل قد تزيده خبرة الى خبرته فيعلو بها ثمنه .

(٢٣) حيث اذا حبسه لاستيفاء الثمن فلا يجوز للمشترى الانتفاع بالمبيع مدة حبسه .

بجامع الحبس على وجه الوثيقة في كل من الاصل وهو المبيع في يد البائع والفرع وهو المرهون في يد المرتهن .

ولما كان حكم الاصل عدم جواز استيفاء المشترى منفعة المبيع المحبوس بالثمن عند البائع ، كان حكم الفرع كذلك فلا يجوز للراهن استيفاء منفعة المرهون وهو عند المرتهن ـ أيضا لذلك .

قلـــنا : ذالك[٢٤] عوض عن الدين[٢٥] ، فلما منع البائع من التصرف في الثمن[٢٦] منع المشترى من التصرف في المثمن ، والرهن ليس بعوض عن الديــــن[٢٧] ، ولأن البائع ليس له الا اليد[٢٨] ، فاذا ازيلت[٢٩] بطلت وثيقته ، والمرتهن له يد[٣٠] وعقـد[٣١] ، فاذا ازيلت يده للانتفاع[٣٢] ، بقي الوثيقة بالعقد[٣٣] ، ولان المبيع لم يتم ملكه عليه[٣٤] ، فلذلك لم يجز له التصرف فيه[٣٥] ، ولهذا لا يجوز[٣٦] وان وزن الثمن[٣٧] ، بخلاف الرهن[٣٨] .

---

(٢٤) أى المبيع في يد البائع.

(٢٥) وهو ثمن المبيع الذى لم يتسلمه البائع في العقد .

(٢٦) بسبب عدم تسليم المشترى الثمن اليه .

(٢٧) بل هو وثيقة بالدين . أى فثبت وجود الفارق بين الاصل والفرع فـــي قياسهم حبس المرهون لاستيفاء الدين على حبس المبيع لاستيفاء الثمـــن في المنع من الانتفاع به فيهما . والقياس مع الفارق باطل .

(٢٨) أى ان يحوزه الى نفسه ، واما زوائده ومنافعه فهى للمشترى ، لان الملك له .

(٢٩) أى بتسليم المشترى الثمن اليه .

(٣٠) أى على المرهون ، بحيازته اياه .

(٣١) هو عقد الرهن لاستيفاء الدين .

(٣٢) أى فاذا ازيلت يد المرتهن عن المرهون لينتفع به الراهن .

(٣٣) أى ففارق بذلك عقد البيع. فلا يصح قياس أحدهما على الاخر للفارق المذكور

(٣٤) أى وثمة فارق آخر وهو أن المبيع لم يتم ملك المشترى عليه ، لعدم تسليمه الثمن .

(٣٥) لعدم قبضه .

(٣٦) أى ان يتصرف المشترى في المبيع .

(٣٧) لان القبض لا يتم بوزن الثمن ، مالم يقبضه البائع .

(٣٨) فان ملك الراهن تام عليه فيجوز له التصرف فيه . فلا يصح قياسه على التصرف في المبيع اذا كان في يد البائع لذلك .

قالوا : مرهون ، فلم تزل عنه يد المرتهن ، كما لو لم يكن له منفعة ، (٣٩) (٤٠)

قلنا : ذاك (٤١) لا حق للراهن في منفعته ، فهو كتزويج الحرة ، (٤٢) وهذا (٤٣) له حق في منفعته فهو كتزويج الامة . (٤٤)

قالوا : الرهن يراد لاضجار الراهن ، (٤٥) وهذا لا يوجد مع الانتفاع . (٤٦)

قلنا : لو كان للاضجار لما استحق في الدين المؤجل ، (٤٧) كالحبس في السجن ، (٤٨) ولان الاضجار يحصل بالمنع من التصرف في رقبته . (٤٩)

---

(٣٩) سقط لفظ (له) من نسخة ((ب)) .

(٤٠) حيث لا تزول عنه يد المرتهن .

بجامع الرهنية في كل من الاصل وهو مالو لم تكن له منفعة ، والفرع وهو مالو كانت له منفعة .

ولما كان حكم الاصل عدم زوال يد المرتهن عن المرهون ان لم تكن له منفعة كان حكم الفرع كذلك فلا تزول يد المرتهن عن الرهن ان كانت له منفعة أيضا لذلك .

(٤١) أي المرهون الذي لم تكن له منفعة .

(٤٢) حيث لا حق للولي في منفعتها بعد تزويجها .

(٤٣) أي المرهون ذو المنفعة .

(٤٤) حيث يبقى للسيد حق استخدام الامة وان بعد تزويجها .

أي فثبت أن بين الاصل والفرع في قياسهم فارقا ، فيبطل به قياسهم المذكور .

(٤٥) أي تحميله هم حبس المرهون عنه لحمله على وفاء الدين ، من الضجر بفتحتين وهو القلق والغم وبابه طرب ، فهو ضجر كفرح ، وضجور والجمع مضاجير ومضاجر ، واسم المفعول : مضجر . أنظر المختار ص ٣٧٦ .

(٤٦) أي فيحمله ذلك على التهاون في الوفاء بما عليه .

(٤٧) لان اضجاره ينافي التأجيل ، اذ التأجيل للترفق والاضجار للمضايقة .

(٤٨) حيث لا يستحق في الدين المؤجل اذا لم يحل اجله بعد . أي والحال ان الرهن يستحق في الدين المؤجل فبطل أن يكون للاضجار .

(٤٩) أي في ذات الرهن وان اذن للراهن باستخدام المرهون فان الاضجار بمنعه من التصرف في رقبته بيعا واجارة واعاره ونحو ذلك اشد وانكى .

* مسـألة (١١٢) : النماء المنفصل(١) لا يدخل في الرهن(٢) . / ١٥١ع .

وقال أبو حنيفة : يدخل(٣) .

لنا : هو انه نماء منفصل من عين الرهن ، فأشبه الكسب(٤) ، ولان مالا يتبع الجانية في الجناية لا يتبع المرهون(٥) في الرهن ، كالكسب(٦) ، ولانه عقد لا يفضـي

---

(١) كالثمرة والولد والبيض والصوف والشعر والاجرة . ونحو ذلك .

(٢) المختصر ص ٩٨ . الام جـ٣ ص ١٦٣ زيادة الرهن . المنهاج ص ٥٦ .
وهو قول المالكية الا أنهم استثنوا الولد والنتاج فجعلوه داخلا في الرهن وتابعا له وكذا فرخ النخل وهو المسمى بالغسيل ، وجعل ابن القاسـم الصوف التام أي الذي استحق الجز وقت الرهن ، تابعا للرهن أيضا .
أنظر الشرح الصغير جـ٢ ص١١٦ . الجواهر جـ٢ص٨١ . شرح المنح جـ٣ص٨٢ .
وهو قول ابن حزم : المحلى جـ٨ ص ٤٨٤ .

(٣) المبسوط جـ٢١ ص ١٠٥ . الهداية جـ٩ ص ١٣٠ . التبيين جـ٦ ص٩٤ .
وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى جـ٢ ص ٢٣٦ . كشاف القناع جـ٣ص٣٢٦ .
المغني جـ٤ ص ٢٩١ .

(٤) حيث لا يدخل في الرهن .
بجامع ان كلا نما منفصل . اما الاصل فهو الكسب ، واما الفرع فهو النمـاء المنفصل .
ولما كان حكم الاصل عدم دخول كسب المرهون في الرهن كان حكم الفرع كذلك فلا يدخل النماء المنفصل فيه أيضا لذلك .

(٥) في نسخة ((ب)) : المرهونة .

(٦) حيث لا يتبع المرهون في الرهن .
بجامع عدم تبعيته للجانية في الجناية في كل من الاصل وهو الكسـب ، والفرع وهو النماء المنفصل .
ولما كان حكم الاصل عدم تبعية كسب المرهون للرهن ، كان حكم الفرع كذلك فلا يتبع النماء المرهون في الرهن أيضا لذلك .

الى زوال الملك ، فلا يوجب استتباع النماء المنفصل ، كالاجارة.(٧)

فان قيل : فى الاجارة النماء لا يصلح لما عقد عليه .(٨)

قيل : ولد الاضحية لا يصلح للتضحية(٩) ثم يتبع الام فى التضحية(١٠) ، ولانه لو دخل فى الرهن لضمن عندهم ،(١١) كالام.(١٢)

قالوا : حق مستقر فى رقبة الام ، فسرى الى الولد ، كالاستيلاد والكتابة والاضحية .(١٣)

---

(٧) حيث لا يتبع نماء الاجارة المرهون فى الرهن .
بجامع ان كلا عقد لا يفضى الى زوال الملك ، اما الاصل فهو الاجارة واما الفرع فهو الرهن .
ولما كان حكم الاصل عدم تبعية نماء العين المؤجرة لها فى الاجارة ، كان حكم الفرع كذلك فلا يتبع النماء المنفصل المرهون فى الرهن أيضا لذلك .

(٨) وهو الانتفاع مع بقاء العين . أى ولذلك لم يتبع الاصل فى الاجارة ، ولا كذلك فى الرهن ، لان المقصود بوضع اليد وذلك لا يمنع من تبعيته للمرهون .

(٩) لصغر سنه عن الاجزاء .

(١٠) أى فدل ذلك على أن عدم صلاحية النماء للعقد عليه مستقلا ، لا يوجب تبعيته للمعقود عليه .

(١١) أى والحال انهم لا يقولون بضمانه اذا هلك على المرتهن . لان النماء لا قسط له مما يقابل بالاصل ، لانه لم يدخل تحت العقد مقصودا اذ لا يتناوله
أنظر الهداية جـ٩ ص١٣١ .

(١٢) حيث يجب على المرتهن ضمانها بالهلاك ، لان الرهن يصير مضمونا بالقبض.
أنظر الهداية جـ٩ ص ١٣١ .

(١٣) حيث يسرى حكم الام على الولد فى المذكورات.
بجامع ان كلا حق مستقر فى رقبة الام ، اما الاصل فهو الاستيلاد والكتابة والاضحية، واما الفرع فهو الرهن .
ولما كان حكم الاصل هو سراية الحرية الى الولد فى استيلاد الامة أو مكاتبتها وتسرى التضحية فى ولد الاضحية ، كان حكم الفرع كذلك فيسرى الرهن فى نماء المرهون أيضا لذلك .

قلـــنا : الاستيلاد [١٤] حق مستقر لا يمكن ابطاله ، وهذا يمكن ابطالـــه [١٥] ،
فهو كالمعتقة بصفة [١٦] ، ولان الاستيلاد كالعتق المنجز [١٧] ، ولهذا يتعلق به التقويـــم
في الحال ، والكتابة فيها قولان [١٨] ، وان سلم [١٩] فلأن ذلك [٢٠] يفضي الى زوال الملك
والرهن لا يفضي الى زوال الملك ، فهو [٢١] كالاجارة [٢٢] .

---

(١٤) مابين كلمة (الاستيلاد) وكلمة (كالعتق المنجز) ، ساقط من نسخـــة
((ب)) .

(١٥) أي الرهن . وذلك بتسديد المدين ماعليه للمرتهن فينفك عنه الرهـــن .
أو بأن يبطل المرتهن الرهن ، ويبقى الدين خاليا عن الرهن ، لتجـــدد
ثقة المرتهن بالمدين .

(١٦) كأن يقول لها : ان جاء زيد فانت حرة . حيث يجوز له الانفصال عـــن
ذلك الوعد .

(١٧) أي في تحقق الحرية فيه وعدم امكان الغائه .
بجامع قوة سراية العتق في كل من الاصل وهو العتق المنجز ، والفـــرع
وهو الاستيلاد .
ولما كان حكم الاصل عدم جواز ابطال العتق المنجز كان حكم الفـــرع
كذلك فلا يجوز ابطال عتق المستولدة أيضا لذلك .

(١٨) أي في سراية الحرية الى ولد المكاتبة قولان اظهرهما انه يتبعهـــا .
أنظر المنهاج ص ١٦٠ .

(١٩) أي على القول بسراية العتق الى ولد المكاتبة .

(٢٠) أي سراية العتق .

(٢١) في الاصل (فهي) والاولى التذكير لان الضمير عائد الى الرهن لا الـــى
الكتابة .

(٢٢) حيث لا يسري عقد الاجارة على نماء العين المستأجرة .
بجامع عدم زوال الملك به ، في كل من الاصل وهو الاجارة ، والفرع وهـــو
الرهن .
ولما كان حكم الاصل عدم تبعية النماء للعين المؤجرة في الاجارة ، كان حكـــم
الفرع كذلك فلا يتبع النماء العين المرهونة في الرهن أيضا لذلك .

والاضحية خارجة من ملكه ، ولهذا يضمنها بالاتلاف للمساكين ، فالحادث منها يحدث على ملك المساكين [٢٣] ، والرهن باق على ملكه [٢٤] ، فهو كالمستأجرة [٢٥] .

قالوا : مال [٢٦] حصل بسبب رقبة المرهونة ، فأشبه السمن وقيمة ماأتلف منها [٢٧] .

قلنا : يبطل بالكسب [٢٨] ، والسمن لا يزايل الاصل [٢٩] ، فلم ينفرد عنه [٣٠] ، وهذا

---

(٢٣) فى نسخة ((ب)) : على ملك المستأجر . / وهو تحريف .
أى ولذلك دخل ابنها معها فى التضحية به .

(٢٤) سقط قوله (والرهن باق على ملكه) من نسخة ((ب)) . / أى على ملك الراهن .

(٢٥) حيث لا يتبعها نماؤها فى عقد اجارتها .
بجامع البقاء على ملك صاحبه فى كل من الاصل وهو المستأجرة ، والفرع وهو المرهونة .
ولما كان حكم الاصل عدم تبعية نمائها لها فى الاجارة ، كان حكم الفرع فلايتبع النماء اصله فى الرهن أيضا لذلك .

(٢٦) فى نسخة ((ب)) : نماء .

(٢٧) حيث يكون تبعا للمرهون .
بجامع ان كلا مال حاصل بسبب رقبة المرهونة . اما الاصل فهو السمن وقيمة ماأتلف منها ، واما الفرع فهو النماء المنفصل .
ولما كان حكم الاصل هو تبعية السمن وقيمة ماأتلف من المرهونة لها ، كان حكم الفرع كذلك ، فيتبع النماء المنفصل المرهون أيضا لذلك .

(٢٨) حيث لا يتبع المرهون مع كونه نماء حاصلا بسبب رقبة المرهون .

(٢٩) أى لا يفارقه ، من قولك : زاله يزاله ، وزان ناله يناله ، زيالا ، اذا نحاه وأبعده ، مثل ازاله ، ومنه قوله تعالى (لو تزيلوا) الفتح آية / ٢٥ ، أى لو تميزوا بافتراق . انظر المصباح ج١ ص ٢٨٠ .
أى ولذلك كان السمن تبعا للمرهون .

(٣٠) أى الولد والثمرة ونحو ذلك .

نماء منفصل ولهذا يتبع السمن الجانية (٣١) والمستأجرة (٣٢)، ولا يتبعهما الحمل (٣٣)، وقيمة ما اتلف منها بدل عما دخل في الرهن (٣٤)، فقام مقامه، وهذا منفصل لم يدخل في الرهن (٣٥)، ولا هو بدل عنه، فأشبه سائر أموال الراهن (٣٦).

* مسألة (١١٣): لا يملك الراهن تزويج المرهونة (١) . / ١٥١ ش.
وقال أبو حنيفة: يملك (٢).

---

(٣١) أى في الاستيفاء منها.

(٣٢) أى في عقد الاجارة.

(٣٣) حيث لا يقام الحد على الجانية حتى تضع. ولا يدخل جنين المستأجرة معها في عقد الاجارة اذا ولدته.

(٣٤) وهو الجزء المتلف منها لان الرهن واقع على جميعها.

(٣٥) لانه لم يكن موجودا وقت العقد.

(٣٦) حيث لا تتبع الرهن.
بجامع الانفصال عن المرهون، في كل من الاصل وهو سائر أموال الراهن، والفرع وهو النماء المنفصل.
ولما كان حكم الاصل عدم تبعية سائر أمواله للموهون في الرهن، كان حكم الفرع كذلك فلا يتبع النماء المنفصل المرهون فيه أيضا لذلك.

(١) الام جـ٣ ص١٦٤. الوجيز جـ١ ص١٦٤. المنهاج ص٥٥.
وهو قول الحنابلة: كشاف القناع جـ٣ ص٣٢٣. وذكر في المغني جـ٤ص٢٧٢ عن القاضي وجماعة من الحنابلة ان الراهن يملك تزويج المرهونة ويمنع الزوج من وطئها ويكون مهرها رهنا معها. قال في المقنع ص١١٦: والأول أصح. أهـ.
(٢) المبسوط جـ٢١ص١٢٢.
وهو قول ابن حزم: المحلى جـ٨ص٤٨٤ حيث ذهب الى أن للراهن التصرف في المرهون لانه ملكه فقال: فله الوطء والاستخدام والمؤاجرة... وسائر ما للمرء في ملكه. أهـ ومنه تزويج امته المرهونة لانها ملكه.
ولم أقف على قول المالكية في هذه المسألة.

لنـــا : هو انه عقد يمنع الوطء فمنع التزويج (٣) ،كالبيع ، ولا نه ينقــــص به (٤) القيمة ، فأشبه هدم الدار ولبس الثوب (٥) .

قالوا : عقد لا يزيل الملك ،فلم يمنع التزويج ،كالاجارة (٦) .

قلنا : ذاك (٧) لا يمنع الوطء وهذا العقد (٨) يمنع الوطء فمنع التزويج ،كالبيع (٩) .

---

(٣) حيث يمنع السيد من تزويج الامة اذا باعها :
بجامع ان كلا عقد يمنع الوطء ،اما الاصل فهو البيع واما الفرع فهو الرهن .
ولما كان حكم الاصل منع السيد من تزويج الامة اذا باعها كان حكــــم الفرع كذلك فيمنع الراهن من تزويج الامة اذا رهنها أيضا لذلك .

(٤) أي بالتزويج ،لانها تتعرض به للحمل وخطر الوضع والمخاض، ثم بعـــد الوضع تنشغل بارضاعه والقيام على شئونه فتنشغل به عن خدمة المالــــك ، فتقل لذلك الرغبة فيها فيرخص ثمنها .

(٥) حيث لا يملك الراهن ذلك .
بجامع نقصان القيمة به ، في كل من الاصل وهو هدم الدار ولبس الثـــوب المرهونين والفرع وهو تزويج الامة المرهونة .
ولما كان حكم الاصل عدم جواز فعله من الراهن ، كان حكم الفرع كذلـــك فليس للراهن تزويج المرهونة أيضا لذلك .

(٦) حيث لا يمتنع بها تزويج الامة .
بجامع عدم زوال الملك به ،في كل من الاصل وهو اجارة الأمة ،والفـــرع وهو تزويجها .
ولما كان حكم الاصل صحة تزويج الامة المستأجرة . كان حكم الفــــــرع كذلك فيجوز للراهن تزويج المرهونة أيضا لذلك .

(٧) أي عقد اجارة الامة .

(٨) وهو رهن الامة .

(٩) حيث يمتنع به على السيد تزويجها لخروجها به عن ملكه .
بجامع المنع من الوطء ،في كل من الاصل وهو البيع والفرع وهو الرهـــن =

ولانه لا ضـــرر على المستأجر فى التزويج (١٠)، وعلى المرتهن ضرر فى التزويج (١١).

* مسألة (١١٤): لا يصح عتق الراهن (١) فى أحد الأقوال، وينفذ فى القول الثانى ان كان موسرا (٢)، ولا ينفذ ان كان معسرا، وفيه قول ثالث أنه ينفذ بكل (٣) حـــال، /١٥١ش وهو قول أبى حنيفة (٤).

= ولما كان حكم الاصل منع بائع الامة من تزويجها كان حكم الفرع كذلك فيمنع الراهن من تزويجها أيضا لذلك.

(١٠) لان التزويج وان نقص من قيمة الامة الا أنه لا ينقص منافعها، وحـــق المستأجر فى الاجارة انما يتعلق بمنافع المؤجرة لا بعينها.

(١١) لانه تنقص به قيمة الامة، فلا يتمكن من استيفاء حقه منها لقلة رغبـــة الناس فى شرائها متزوجة.

وبهذين الفرقين بين الاصل والفرع يبطل قياسهم الرهن على الاجارة.

(١) أى مطلقا، موسرا كان أو معسرا.

وفى نسخة ((ب)): المرتهن. / وهو خطأ.

(٢) أى ويغرم قيمته يوم عتقه وتكون رهنا مكانه من غير عقد. أنظر شـــرح المحلى جـ٢ ص ٢٧٠.

(٣) اظهرها القول الثانى. أنظر المنهاج ص ٥٥. فتح العزيز جـ١٠ ص٩٢. وعلى القول الثانى اقتصر فى المختصر ص ٩٤.

وبالقول الثانى يقول المالكية: الشرح الكبير جـ٣ ص ٢٤٩. الجواهـــر جـ٢ ص ٨٣. شرح المنح جـ٣ ص ٩١.

وهو قول ابن حزم: المحلى جـ٨ ص ٤٩١.

(٤) أى ويستسعى العبد فى قيمته ان كان المعتق معسرا.

الهداية جـ٩ ص ١١١. التبيين جـ٦ ص ٨٥. مجمع الانهر جـ٢ ص ٦٠٤.

وهو قول الحنابلة: شرح المنتهى جـ٢ ص ٢٣٤. كشاف القناع جـ٣ ص ٣٢٢.

وذكر فى المغنى جـ٤ ص ٢٧١ رواية أخرى ان عتق المعسر لا ينفذ.

فالدليل على الأول : انه قول من جهة الراهن يبطل الرهن (٥)، فلم يصح منه الانفراد به ،كالفسخ بلفظ الفسخ (٦)، ولا يلزم البيع في الجناية (٧) لانه لا يملك (٨) حتى يطالبه المجني عليه (٩)، ولانه معنى يبطل الوثيقة من عين (١٠) الرهن مع سلامة العين ،فلم يصح من الراهن الانفراد به ،كالبيع (١١)، ولا يلزم الاقتصاص (١٢)،لقولنا مع سلامة العين .

---

(٥) لازالته يد المرتهن عن المرهون بالعتق .

(٦) حيث لا يصح للراهن الانفراد بفسخ الرهن ،بلفظ الفسخ .
بجامع انه قول من جهة الراهن يبطل به الرهن في كل من الاصل وهو الفسخ بلفظ الفسخ ،والفرع وهو الفسخ بالاعتاق .
ولما كان حكم الاصل عدم جواز انفراد الراهن به دون اذن المرتهن ، كان حكم الفرع كذلك فلا يجوز للراهن فسخ الرهن بعتق المرهون أيضا لذلك .

(٧) أي حيث ينفرد الراهن بفسخ الرهن ليبيع العبد بجنايته ويدفع للمجني عليه حقه .

(٨) أي بيع العبد الجاني .

(٩) أي فلم ينفرد بالفسخ .

(١٠) في نسخة ((ب)) : من غيره / وهو تحريف .

(١١) حيث لا يصح للراهن الانفراد ببيع المرهون .
بجامع أن كلا معنى يبطل العقد مع سلامة المعقود عليه . اما الاصل فهو البيع واما الفرع فهو العتق .
ولما كان حكم الاصل عدم جواز انفراد الراهن ببيع الرهن ،كان حكم الفرع كذلك فلا يجوز للراهن الانفراد بعتق العبد المرهون أيضا لذلك .

(١٢) أي فانه لو جنى عبد على المرهون ،واستحق الراهن به القصاص ، جاز له الانفراد بطلب القصاص من الجاني - وان فات حق المرتهن من المال لو عفا الراهن اليه - من غير اذن المرتهن ، مع كون القصاص هنا معنى يبطل به الوثيقة من عين الرهن .

فان قيل : البيع [١٣] يفتقر الى التسليم ، ويد المرتهن تمنع، [١٤] فهو كالآبق [١٥] بخلاف العتق. [١٦]

قيل : ان كان ذاك [١٧] لا يملك لعدم التسليم لحق [١٨] المرتهن فهذا [١٩] لا يملك ،لانه يبطل حق المرتهن ، ولانه [٢٠] أحد محلى حق المرتهن [٢١] فلم ينفرد الراهن بنقل الحق عنه الى غيره كالذمة. [٢٢]

---

(١٣) أى بيع العبد المرهون .

(١٤) أى من التسليم .

(١٥) حيث لا يجوز بيعه .

بجامع العجز عن تسليم المبيع ، فى كل من الاصل وهو بيع العبد الابق والفرع وهو بيع العبد المرهون .

ولما كان حكم الاصل عدم جواز بيع العبد الابق ، كان حكم الفرع كذلك فلا يجوز بيع العبد المرهون أيضا لذلك .

(١٦) أى فانه لا يفتقر الى تسليم العبد فيه ، لانه اطلاق له عن اليد .

أى وبهذا الفارق بين الاصل والفرع يبطل قياسكم بيع المرهون على بيع العبد الابق .

(١٧) أى ان كان الراهن لا يملك بيع العبد المرهون ، لعدم القدرة على التسليم ، بسبب تعلق حق المرتهن به .

(١٨) فى نسخة ((ب)) : بعدم التسليم بحق المرتهن . / وهو تحريف .

(١٩) أى الراهن اذا أراد عتق العبد المرهون .

(٢٠) أى العبد المرهون .

(٢١) والمحل الثانى هو الدين .

(٢٢) حيث يشترط فى الحوالة رضا المحيل والمحتال معا . أنظر المنهاج ص٦١ .

بجامع ان كلا أحد محلى الحق ، اما الاصل فالذمة ، واما الفرع فعين العبد المرهون .

ولما كان حكم الاصل عدم جواز تحويل صاحب الحق الى ذمة اخرى لاستيفاء =

والدليل على القول الثاني :(٢٣) انه اسقاط حق الغير من العبد بالعتق(٢٤) ، فاختلف فيه الموسر والمعسر كعتق العبد المشترك.(٢٥)

قالوا : مكلف مالك ، فأشبه غير الراهن.(٢٦)

قلنا : الا أنه(٢٧) كغير المالك(٢٨) ، بدليل انه يلزمه القيمة اذا اتلفه فلا يملك(٢٩)

= الحق منها الا برضاه ، كان حكم الفرع كذلك فلا يصح للراهن عتق العبد المرهون الا باذن المرتهن ورضاه أيضا لذلك .

لان فى عتق المرهون نقلا لحق المرتهن عن العبد الى غيره فاقتضى ذلك رضاه بهذا النقل ، والا لم يجز .

(٢٣) ولم يذكر ادلة القول الثالث ، لانها هى عين أدلة الحنفية .

(٢٤) سقط قوله (بالعتق) من نسخة ((ب)) .

(٢٥) حيث ينفذ العتق فى نصيب المعتق ، فان كان معسرا بقى الباقى لشريكه ، والا سرى العتق الى باقى العبد ، أو الى ما يسر به المعتق ، وعلى المعتق قيمة حصة شريكه يوم الاعتاق . أنظر المنهاج ص ١٥٨ .

بجامع اسقاط حق الغير به ، فى كل من الاصل وهو عتق العبد المشترك ، والفرع وهو عتق العبد المرهون .

(٢٦) حيث ينفذ عتقه فى عبده مطلقا ، موسرا كان أو معسرا .

بجامع ان كلا مالك مكلف ، اما الاصل فهو غير الراهن واما الفرع فهو الراهن ،

ولما كان حكم الاصل نفاذ عتق غير الراهن فى عبده بكل حال ، كان حكم الفرع كذلك فينفذ عتق الراهن فى عبده بكل حال أيضا لذلك .

(٢٧) أى الراهن .

(٢٨) فى عدم القدرة على التصرف فى المرهون تصرفا يزيل الملك .

(٢٩) أى المرهون . وذلك لتعلق حق المرتهن به .

العتق ، وغير الراهن (٣٠) لم يحجر عليه في التصرف ، وهذا (٣١) حجر عليه في البيع والهبة والوصية (٣٢) فصار كالصبي . (٣٣)

قالوا : محبوس للاستيفاء ، فنفذ فيه عتق المالك ، كالمبيع في يد البائع والمستأجر . (٣٤)

قلنا : في المبيع وجهان (٣٥) ، وان سلم (٣٦) ، فلأن المبيع لم يعقد عليه

---

(٣٠) أى المالك للعبد اذا لم يكن قد رهنه .

(٣١) أى مالك العبد اذا رهنه .

(٣٢) لانها كلها تصرفات تزيل الملك فلم تصح لا بطالها حق المرتهن .

(٣٣) حيث يحجر عليه ، ويمنع من التصرف المزيل للملك .

بجامع الحجر عليه في كل من الاصل وهو الصبي والفرع وهو الراهن .

ولما كان حكم الاصل هو منع الصبي من التصرف المزيل للملك كان حكم الفرع كذلك فيمنع الراهن من التصرف المزيل للملك في المرهون أيضا لذلك .

(٣٤) حيث ينفذ العتق في العبد المبيع اذا حبسه البائع عن المشترى بالثمن ، ويكون ذلك منه فسخا للبيع ، لان ملك المشترى عليه ضعيف لعدم تسليمه الثمن . وينفذ العتق في العبد المستأجر أيضا .

بجامع الحبس للاستيفاء في كل من الاصل وهو العبد المبيع في يد البائع والمستأجر والفرع وهو العبد المرهون .

ولما كان حكم الاصل نفاذ العتق في العبد في يد البائع ويد المستأجر كان حكم الفرع كذلك فينفذ عتق الراهن في العبد المرهون أيضا لذلك .

(٣٥) اصحهما نفاذ العتق فيه . أنظر شرح المحلى جـ٢ ص٢١٣ .

(٣٦) أى على القول بصحة عتقه .

ليستوفي الحق من عينه أو ثمنه (٣٧)، وهذا (٣٨) حبس ليستوفى الحق من ثمنه ، والعتق يمنع ذلك (٣٩)، والمستأجر لا يبطل حقه بالعتق ، لانه يمكنه أن يستوفى المنفعة بعد العتق ، والمرتهن (٤٠) يبطل حقه بالعتق (٤١). ولان حق المستأجر فى غير محل العتق (٤٢)، وحق المرتهن فى محل العتق (٤٣)، ولهذا يجوز أن يؤجر الحر (٤٤)، ولا يجوز أن يرهن (٤٥).

---

(٣٧) أى بل ليكون الثمن فيه بدلا عن المثمن .

(٣٨) أى العبد المرهون .

(٣٩) أى فلم يصح قياس حبس العبد فى الرهن بالدين ، على حبس المبيع بالثمن ، للفارق المذكور بينهما .

(٤٠) فى نسخة ((ب)) : /والراهن . / وهو خطأ ، لان الملاحظ هنا هو حق المرتهن لا الراهن .

(٤١) لخروجه عن المالية بالعتق ، لان بيع الحر لا يجوز ، فيفوت به حق المرتهن .
أى فلا يصح قياس المرتهن على المستأجر فى جواز عتق العبد فيهما ، للفارق المذكور بينهما .

(٤٢) لان العتق يتعلق برقبة العبد ، وحق المستأجر يتعلق بمنفعة العبد وهى لا تفوت بالعتق ، لامكان استيفائها منه بعده .

(٤٣) وهو رقبة العبد ، وبالعتق يفوت حق المرتهن ، لعدم امكان الاستيفاء منها ببيعها واقتضاء الحق من ثمنها عند عجز الراهن عن أداء الدين اليه .

(٤٤) لان المقصود من العقد هنا المنفعة .

(٤٥) لان المقصود من الرهن حبس المرهون لبيعه والاستيفاء من ثمنه عند حلول الدين ، والحر لا يمكن بيعه لتحريمه .
والدليل عليه مارواه البخارى جـ٢ ص ٣٤ كتاب الاجارة ، باب اثم من منع اجر الاجير ، عن أبى هريرة مرفوعا : قال الله تعالى : ثلاثة انا خصمهم يوم القيامة ، رجل اعطى - بالبناء للمعلوم - بى - أى عهدا - ثم غدر ، ورجل باع حرا فاكل ثمنه ، ورجل استأجر اجيرا فاستوفى منه ولم يعطه أجره . أهـ

قالوا : حق الجناية أقوى،(٤٦) لانه يسقط حق الراهن،(٤٧) ثم العتق يسقط حق الجناية(٤٨) فلأن يسقط حق الرهن أولى(٤٩).

قلنا : من أصحابنا من لم يسلم،(٥٠) ثم حق الجناية يملك اسقاطه(٥١) عن

---

(٤٦) أى من حق المرتهن.

(٤٧) أى فى القصاص من قاتل عبده، لانه لو تولاه لبطل حق المرتهن فى الرهن. أنظر مجمع الانهر جـ٢ ص٦٢٠.
أى واذا سقط حق الراهن مع كون الملك له فيه، فحق المرتهن فى العبد أولى بالسقوط لانه لا ملك له فى المرهون أصلا.

(٤٨) أى عندكم، يعنى الشافعية. واما عند الحنفية فالقصاص جار عندهم بين الحر والعبد، فيقتل الحر بالعبد والعبد بالحر. أنظر مجمع الأنهر: جـ٢ ص٦١٨ وصورة ذلك : ان يرمى عبد عبدا، فيعتق الرامى قبل الاصابة بالسهم فان القصاص يسقط عن الجانى بالعتق، اعتبارا بوقت الاصابة، وقد صار الجانى، عندها حرا، والقصاص يعتمد الكفاءة ولا كفاءة بين حر وعبد عند الشافعية. أنظر شرح المحلى جـ٤ص١٠٦.

(٤٩) أى فى المرهون.

(٥٠) أى بسقوط حق الجناية بالعتق. أى بل أوجبوا القصاص فيه على العبد الجانى.
وهذا هو الذى اقتصر عليه فى المنهاج ص١٢٣ وكذا المحلى فى شرحه عليه جـ٤ ص١٠٦ الا أن الخلاف يجرى فيما اذا جرح العبد عبدا ثم أعتق الجانى ثم مات المجنى عليه قيل يقتل به اعتبارا بحال الاصابة، وقيل: لا. اعتبارا بحال العبد وقت الزهوق. والاصح يقتل. أنظر شرح المحلى: جـ٤ ص١٠٦.

(٥١) أى الراهن.

العبد باختيار الفداء فجعل له العتق (٥٢) اختيارا (٥٣) ، (٥٤) ولا يملك اسقاط حق الرهن الا بالوزن (٥٥) ، ولهذا يملك أن يسقط حق الجناية بالبيع (٥٦) ، ولا يملك اسقاط حق الرهن (٥٧) .

قالوا : العتق يختص العين ، فقدم على حق المرتهن ، كالجناية (٥٨) .

قلنا : يبطل بالبيع (٥٩) ، فانه (٦٠) يختص العين ، ثم لا يقدم على حق المرتهن ثم ليس هاهنا (٦١) عتق والجناية قد ثبتت ، فقدم حقها (٦٢) .

---

(٥٢) سقط قوله (له) من الاصل .

(٥٣) أى بعد اسقاطه حق الجناية بالفداء .

(٥٤) فان شاء عتق والا فلا . لانه به يتم القبض .

(٥٥) أى بوزن ما للمرتهن عليه من الاثمان ، لان القبض فيها لا يتم الا بالوزن .

(٥٦) أى ببيع العبد الجانى بجنايته .

(٥٧) أى لا بالبيع ولا بالعتق ، وانما يسقط حق الرهن بتسليم الدين بعد وزنه للمرتهن .

(٥٨) حيث يقدم فيها حق المجنى عليه ، على حق المرتهن .
بجامع الاختصاص بالعين فى كل من الاصل وهو الجناية والفرع وهو العتق .
ولما كان حكم الاصل تقديم حق الجناية على حق المرتهن .
كان حكم الفرع كذلك فيقدم حق العتق على حق المرتهن أيضا لذلك .

(٥٩) أى بيع العبد المرهون .

(٦٠) سقط قوله (فانه) من نسخة ((ب)) .

(٦١) أى فيما لو جنى العبد المرهون .

(٦٢) أى على حق المرتهن . أى فلا يصح قياس العتق على الجناية للفارق المذكور بينهما .

قالوا : اذا ملك ابطال ملك الشريك بالعتق ، فلأن (٦٣) يملك ابطال حق المرتهن أولى . (٦٤)

قلنا : اذا فرقنا بين الموسر والمعسر فى الرهن لم يكن بين المسألتين فرق ، (٦٥) وان لم نفرق فلأنَّ العتق هناك (٦٦) صادف ملكه المطلق ، ثم سرى بقوته الى نصيب شريكه لا بفعله ، وهاهنا (٦٧) ابتداء العتق فى حق غيره ، (٦٨) فهو كما لو اعتق ملك غيره . (٦٩)

قالوا : فى تنفيذ العتق جمع بين العتق وحق المرتهن بالقيمة ، (٧٠) فكان أولى . (٧١)

---

(٦٣) سقط النون فى (فلأن) من الاصل .

(٦٤) لان الشريك مالك حقيقى فى العبد ، والمرتهن حابس له فقط فاذا بطل الاقوى وهو ملك الشريك بالعتق كان بطلان الاضعف وهو حبس المرتهن العبد أولى بابطاله بالعتق .

(٦٥) لان عتق نصيبه فى العبد المشترك يأتى فيه هذا التفريق أيضا .

(٦٦) أى فى العتق فى ملك الشريك .

(٦٧) أى فى عتق الراهن عبده المرهون .

(٦٨) وهو المرتهن .

(٦٩) حيث لا يجوز له ذلك .

بجامع ابتداء العتق فى حق الغير فى كل من الاصل وهو مالو اعتق ملك الغير والفرع وهو مالو اعتق عبده المرهون .

ولما كان حكم الاصل بطلان عتق مال الغير كان حكم الفرع كذلك فيبطل عتق العبد المرهون أيضا .

أى فهذا فارق بين الاصل والفرع يبطل به قياسهم المذكور .

(٧٠) حيث تلزم الراهن اذا اعتق عبده المرهون وتجعل رهنا مكان العبد .

(٧١) أى من اثبات حق وهو حق المرتهن ، وابطال آخر وهو حق الراهن فى العتق .

قلنا : فى تنفيذ البيع أيضا (٧٢) جمع بين البيع وحق المرتهن ثم لا يفعل (٧٣) .
ولان فى (٧٤) تنفيذ العتق اسقاط حق المرتهن من العين واحالة (٧٥) على ذمة لم يرض بها (٧٦) .

* مسألة (١١٥) : يقبل اقرار الراهن على المرهون بجناية الخطأ فى أحد القولين (١) ./ ١٥٢ى

---

(٧٢) سقط قوله (فى تنفيذ البيع أيضا) من نسخة((ب)) .

(٧٣) أى لا يصح لا عندنا ولا عندكم لما فيه من ابطال حق المرتهن من الرهن .

(٧٤) سقط قوله (ولان) من نسخة((ب)) .

(٧٥) فى الأصل : واحالة الراهن ./ أى للمرتهن . ومافى نسخة ((ب)) - أولى لقربه ووضوحه .

(٧٦) وهى ذمة الراهن ، وربما لم يرض بها المرتهن لاحتمال أن يماطله فى تادية حقه .

(١) اذا اقر الراهن بأن العبد كان قد جنى جناية توجب المال أى خطأ ، فلا يخلو اما أن يعين المجنى عليه أولا ، فان عينه فاما أن يصدقه المجنى عليه أولا ، فان لم يصدقه ولم يدع ذلك فالرهن مستمر، وان عينه وادعاه المجنى عليه فان صدقه المرتهن بيع فى الجناية وللمرتهن الخيار . وان كذبه المرتهن ، فاصح القولين ان قول الراهن لا يقبل ، صيانة لحق المرتهن . وهو اختيار المزنى .

أنظر : فتح العزيز جـ١٠ ص١٨٣ . المختصر ص ٩٥ . الام جـ٣ ص١٥٧ .

وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى جـ٢ ص ٢٤٢ . كشاف القناع جـ٣ص٣٤٢ المقنع ص١١٧ .

وقال أبو حنيفة : لا يقبل .(٢)

لنا : هو انه أقر فى ملكه بما لم يجر الى نفسه نفعا ، فقبل اقراره ، كما لو أقر بعتقه .(٣)

قالوا : عقد لازم على الرقبة ، فمنع الاقرار ، كالبيع والكتابة .(٤)

قلنا : ذاك(٥) يزيل الملك ، ولهذا يسقط حقه(٦) عن ارش ما يجنى عليه(٧) ،

---

(٢) لم أقف على هذه المسألة عند هم ولا عند المالكية .
كما لم أقف على قول ابن حزم فيها أيضا .

(٣) حيث يعتق عليه باقراره .
بجامع الاقرار فى الملك بما لا يجر الى المقر نفعا فى كل من الاصل وهو مالو أقر الراهن بعتقه والفرع وهو مالو أقر الراهن على العبد بجناية الخطأ .
ولما كان حكم الاصل صحة اقراره عليه بالعتق ، كان حكم الفرع كذلك فيصح اقرار الراهن على عبده المرهون بجناية الخطأ أيضا لذلك .

(٤) حيث لا يصح اقرار السيد ببيع العبد المرهون وكتابته .
بجامع ان كلا عقد لازم على الرقبة ، اما الاصل فهو البيع واما الفرع فهو الرهن ،
ولما كان حكم الاصل عدم صحة اقرار السيد على عبده المرهون بالبيع والكتابة ، كان حكم الفرع كذلك فلا يصح اقرار السيد على عبده بجناية الخطأ أيضا لذلك .

(٥) أى الاقرار على العبد المرهون بالبيع والكتابة .

(٦) أى الراهن .

(٧) فى نسخة ((ب)) : عن ارش المجنى عليه . / أى فليس للسيد اذا باع العبد أو كاتبه حق فى ارش الجناية على العبد ، لانه بالبيع خرج عن ملكه ، وبالكتابة ملك حق اليد لنفسه .

وهذا[٨] لا يزيل الملك فهو كالنكاح[٩] .

* مسـألة (١١٦) : اذا رهن المغصوب[١] عند الغاصب ،لم يبرأ من ضمان الغصب[٢] ./ ١٥٢ ى .

وقال أبو حنيفة : يبرأ[٣] .

---

(٨) أى الاقرار عليه بجناية الخطأ .

(٩) حيث يقبل اقراره على العبد بالنكاح قبل الرهن .

بجامع عدم زوال الملك به فى كل من الاصل وهو الاقرار على العبد المرهون بالنكاح قبل الرهن والفرع وهو الاقرار عليه بالجناية الخطأ قبل الرهن .

ولما كان حكم الاصل صحة اقراره به ، كان حكم الفرع كذلك فيصح اقراره به أيضا لذلك .

والمقصود: اثبات الفارق بين الاصل والفرع فى قياسهم لابطاله به .

(١) فى نسخة ((ب)) اذا رهن المغصوب منه عند الغاصب ماأخذه ، لم يبرأ الغاصب من ضمان الغصب .

(٢) خلافا للمزنى حيث ذهب الى أنه يبرأ به .

الام جـ٣ ص١٤٢ . الوجيز جـ١ص١٦٣ . المنهاج ص٥٥ .

(٣) الهداية: جـ٩ص٨٦ . التبيين جـ٦ ص ٧٠ . مجمع الانهر جـ٢ ص ٥٩٥ .

وهو قول الحنابلة أيضا أى ويصير أمانة عند المرتهن الذى هو الغاصب .

أنظر: شرح المنتهى جـ٢ ص٢٢٣ . كشاف القناع جـ٣ص٣١٩ . الانصاف جـ٥ ص١٥٠ .

وبه يقول المالكية : أنظر بداية المجتهد جـ٢ ص٢٩٦ .

ولم أجد قول ابن حزم فى هذه المسألة .

لنـا : هـو (٤) انه حالة من أحوال الرهن (٥) ، فلم ينافِ (٦) ضمـان الغصـب (٧) ، كحال الاستدامة (٨) ، ولانه ضمان لا ينافيه استدامة الرهن ، فلاينافيه ابتداؤه (٩) ، كضمان الجناية (١٠) .

---

(٤) سقط لفظ (هو من نسخة ((ب)) . / أى ضمان المغصوب حالة . . . الخ .

(٥) للرهن حالتان : حالة ضمان وهى ماذا هلك بتعدى المرتهن وحالـة عدم الضمان وهى ماذا هلك من غير تعديه .

(٦) فى الاصل (فلم ينافيه) وهو خطأ لدخول اداة الجزم على الفعل .

(٧) أى فجاز أن يجتمع عليه ضمان الغصب والرهن .

(٨) فى نسخة ((ب)) : كحال الاستدامة فى الغصب . / والصورة فى قوله كحـال الاستدامة: هى مالو رهنه شخص شيئا ثم استرده الراهن لينتفع بـه باذن المرتهن فغصبه منه المرتهن ، فان المرتهن يصبح ضامنا لـه بالغصب - ولا ينافى ذلك بقاءه مرهونا عنده .
بجامع ان كلا حالة من أحوال الرهن ، اما الاصل فحال الاستدامة علـى الرهن ، واما الفرع فهو حال رهن المغصوب عند الغاصب .
ولما كان حكم الاصل عدم منافاة رهنه عنده لضمان الغصب ، كان حكم الفرع كذلك فلاينافى رهن المغصوب عند الغاصب ضمان الغصب أيضا لذلك .

(٩) أى أن الدوام أقوى من الابتداء ، ودوام الرهن فى يد المرتهن لا يمنـع وجوب الضمان عليه اذا تعدى على المرهون ويبقى الرهن بحاله ، فـلأن لا يمنع ابتداء الرهن دوام الضمان الواجب على الغاصب بسبب الغصـب من باب أولى . أنظر فتح العزيز جـ ١٠ ص٧٢ .

(١٠) حيث لا يمنع ابتداء رهن العبد الجانى عند المجنى عليه دوام ضمـان جنايته السابقة على رهنه .
بجامع ان كلا ضمان لا ينافيه الاستدامة . اما الاصل فهو ضمان الجنايـة واما الفرع فهو ضمان الرهن المغصوب .
ولما كان حكم الاصل عدم سقوط الضمان عن العبد الجانى اذا رهنه السيد عند المجنى عليه .
كان حكم الفرع كذلك فلايسقط الضمان عن الغاصب اذا رهن المالك المغصوب عنده أيضا لذلك .

فان قيل :(١١) بالرهن لا تزول الجناية ،(١٢) وبالرهن يزول الغصب،(١٣) فزال ضمانه .(١٤)

قيل : يبطل به اذا جحد الوديعة ، ثم اعترف،(١٥) واذا غصب المغصوب من الغاصب ،فان غصب الأول زال،(١٦) ثم لا يزول عنه(١٧) الضمان،(١٨) ولأنه(١٩) نقل يدا

---

(١١) أى اعتراضا على قياسنا بقاء الضمان على الغاصب وان رهن المالك المغصوب عنده على بقاء الضمان فى الجناية وان رهن العبد الجانى عند المجنى عليه .

(١٢) أى فلا يزول ضمانها بالرهن ، ولذلك صح رهن الجانى ابتداء .

(١٣) لان برهن المغصوب عند الغاصب تتحول يده عنه من الضمان باليد الى الضمان بالعقد .

(١٤) أى ضمان الغصب .

(١٥) أى وتلفت قبل أن يردها ، حيث لا يزول عنه الضمان بالاعتراف ، وان زال عنه الاثم .

(١٦) أى بفعل الغاصب الثانى وانتقال المغصوب اليه به .

(١٧) أى عن الغاصب الأول . بل للمالك تضمين ايهما شاء ، واذا ضمن الثانى لا يرجع به على الأول ، واذا ضمن الأول فله الرجوع به على الثانى . أنظر مغنى المحتاج جـ٢ ص ٢٧٩ .

(١٨) أى فاذا لم يزل الضمان عن الغاصب الاول بطرو يد ضامنة عليه ، وهى يد الغاصب الثانى فأولى أن لا يزول ضمان الغصب بطرو يد امانة عليه ، وهى يد المرتهن .

(١٩) أى مالك المال المغصوب .

ضامنة (٢٠) الى يد لا تنفي (٢١) الضمان (٢٢)، فلم يسقط الضمان ، كما لو غصب من الغاصب، (٢٣)
ولان العين مضمونة بالغصب ، ولم يطرأ أكثر من الرهن ، والرهن لا ينافي ضمان
الغصب، (٢٤) لانه لو نافاه (٢٥) لما اجتمع معه (٢٦)، واذا لم ينافه وجب أن يبقى الضمان (٢٧).

---

(٢٠) وهي يد الغصب .

(٢١) في الاصل : لا تبقى . / وهو تصحيف . والصواب ما أثبتناه من نسخة ((ب)) .

(٢٢) وهي يد المرتهن . ومحل وجوب الضمان على المرتهن هو مالم يتعد ، لان يده يد أمانة .

(٢٣) حيث لا يزول به الضمان عن الغاصب الأول .
بجامع الانتقال من يد ضامنة الى يد لا تنفي الضمان في كل من الاصل وهو مالو غصب المغصوب من الغاصب ، والفرع وهو مالو رهن المغصوب عند الغاصب .
ولما كان حكم الاصل عدم سقوط الضمان به عن الغاصب الأول ، كان حكم الفرع كذلك فلا يسقط الضمان عن الغاصب برهن المغصوب عنده أيضا لذلك .

(٢٤) لان يد الغصب يد ضمان . ويد الرهن يد امانة ، فاذا غصب المرتهن الرهن صار ضامنا له ، فلا منافاة بين الرهن وضمان الغصب .

(٢٥) أي لو نافى الرهن الضمان .

(٢٦) وذلك فيما اذا تعدى المرتهن على الرهن بالاتلاف .

(٢٧) أي الضمان الواجب أعني ضمان الغصب ، وان رهن المالك المغصوب عند الغاصب .
وفي نسخة ((ب)) : بالضمان . / وهو تحريف .

فان قيـــل : الذى ينافى الغصب عندنا[٢٨] امساك الرهن[٢٩]، وذلك[٣٠] يـزول بالغصب[٣١]، فلا يجتمعان[٣٢] .

قيل : لو زال امساك الرهن[٣٣] لوجب ان لا يقدم المرتهن على سائر الغرماء[٣٤] .

قالوا : عقد صحيح طرأ على عين مغصوبة بين المالك[٣٥] والغاصب[٣٦]، فأشبه البيـــع[٣٧].

---

(٢٨) يعني الحنفية .

(٢٩) أى امساك المغصوب على جهة الرهن للمالك . بأن رهنه المالك عنـده ، فانه يزول به الغصب .

(٣٠) فى نسخة ((ب)) : : وبذلك يزول ضمان الغصب . / والاشارة عائدة الـــى امساك الرهن .

(٣١) أى بغصب المرتهن الرهن من الراهن فيما اذا استرده الراهن لينتفـع به باذن المرتهن ، ثم غصبه منه المرتهن ، حيث يزول به الرهن ويصـــبح المرتهن غاصبا فيضمنه .

(٣٢) أى امساك الرهن والغصب للمنافاة بينهما .

(٣٣) أى فيما اذا غصبه المرتهن من الراهن وقت انتفاعه به باذن المرتهن .

(٣٤) أى فيما لو أفلس الراهن أو مات ، أى والحال انه يقدم عليهم فدل علـــى أن امساك الرهن لا يزول بالغصب.

(٣٥) فى نسخة ((ب)) : من المالك للغاصب . / وهو تحريف.
وفى الكلام هنا تقديم وتأخير ، واصله هكذا : عقد صحيح بين المالك والغاصب طرأ على عين مغصوبة .

(٣٦) أى فيزول ضمان الغصب بطرو عقد الرهن على العين المغصوبة .

(٣٧) حيث يزول ضمان الغصب ببيع المغصوب للغاصب .
بجامع ان كلا عقد صحيح بين المالك والغاصب طرأ على عين مغصوبة ، امـــا الاصل فالبيع واما الفرع فالرهن .
ولما كان حكم الاصل زوال ضمان الغصب به ، كان حكم الفرع كذلك فيزول ضمان الغصب برهن المغصوب عند الغاصب أيضا لذلك .

قلنا : البيع ينافي الضمان (٣٨)، والرهن لا ينافيه (٣٩)، فلا يزيله (٤٠)، كالنكاح (٤١)، ولان البيع ينقل الملك اليه (٤٢)، فلا يجوز أن يضمن (٤٣)، وهذا لا ينقل الملك (٤٤)، فلا يزيل الضمان (٤٥)، كما لو غصب ثوبا واستؤجر (٤٦) على تطريزه (٤٧)، ولان البيع ينفي

---

(٣٨) أي فاذا باع المالك المغصوب من الغاصب، سقط عن الغاصب ضمان الغصب، لان البيع ينقل الملك من البائع الى المشتري وتنقطع به علاقة البائع بالمبيع.

(٣٩) أي فاذا رهن المالك المغصوب عند الغاصب، لم يسقط عنه به الضمان، لان العين لا زالت مملوكة للراهن، فلا منافاة بين الرهن وضمان الغصب، أي فكان قياسكم الرهن على البيع قياسا مع الفارق فيبطل.

(٤٠) سقط قوله (فلا يزيله) من نسخة ((ب)) ./ أي فلا يزيل رهن المغصوب عند الغاصب الضمان عنه.

(٤١) حيث لو انكح المالك الامة المغصوبة للغاصب، لما زال به عنه الضمان. بجامع عدم منافاته للملك في كل من الاصل وهو نكاح الامة وضمانها بالغصب، والفرع وهو رهن المغصوب وضمانه.
ولما كان حكم الاصل عدم سقوط الضمان عن غاصب الامة بنكاحها، كان حكم الفرع كذلك فلا يسقط الضمان عن الغاصب برهن المغصوب عنده أيضا لذلك.

(٤٢) أي الى المشتري الذي كان غاصبا قبل الشراء.

(٤٣) أي الغاصب الذي صار مشتريا.

(٤٤) أي الغصب.

(٤٥) أي وهذا فارق ثان بين الاصل والفرع في قياسهم رهن المغصوب عند الغاصب على بيعه له.

(٤٦) أي الغاصب.

(٤٧) حيث لا يزيل ذلك عنه ضمان الغصب.
بجامع عدم انتقال الملك به، في كل من الاصل وهو مالو غصب ثوبا واستؤجر=

ضمان سراية الجناية ،(٤٨) ولا يمنع الرهن ذلك .(٤٩)

قالوا : يمسك (٥٠) العين باذن مالكها فلا يضمنها بالغصب لحقه،(٥١) كما لو أودعه .(٥٢)

= على تطريزه ، والفرع وهو مالو غصب شيئا ثم رهنه المالك عند الغاصب .
ولما كان حكم الاصل هو عدم زوال الضمان عن الغاصب وان استؤجر على تطريز الثوب المغصوب ، كان حكم الفرع كذلك فلا يزول الضمان عن الغاصب وان رهن المغصوب عنده أيضا لذلك .

(٤٨) بمعنى ان شخصا لو جرح عبدا فضمنه ، ثم قبل البرؤ باعه السيد ، فمات العبد عند المشترى ، فانه لا يجب على الجانى ضمان قيمة العبد للسيد ، لانقطاع ملكه عنه بالبيع ، واما المشترى فان كان عالما بالجناية وقت العقد فلا شئ له لانه كان يملك الفسخ ولم يفعل ، واذا لم يكن عالما فله الرد بالعيب .

(٤٩) أى أن العبد اذا جنى عليه شخص ، ثم رهنه سيده قبل البرؤ فمات مرهونا ، فان الجانى يضمن سراية الجرح للسيد ، لان ملكه لا زال قائما على العبد المرهون ، أى وهذا فارق ثالث بين الاصل والفرع فى قياسهم رهن المغصوب عند الغاصب على بيعه له .

(٥٠) أى الغاصب .

(٥١) سقطت كلمة (لحقه) من نسخة ((ب)) : ٠ / فى العبارة تقديم وتأخير ، وأصلها :
هكذا : يمسك العين لحق المالك باذن مالكها فلا يضمنها بالغصب.

(٥٢) أى كما لو أودع مالك العين المغصوبة عند الغاصب حيث يسقط عنه بذلك ضمان الغصب .
بجامع الامساك باذن المالك فى كل من الاصل وهو مالو أودع المغصوب عند الغاصب والفرع وهو مالو رهن المغصوب عند الغاصب . =

قلـــنا : لا يبرأ بالا يداع في قول أبي علي بن أبي هريرة .(٥٣) ثم الا يــــداع ينافي الغصب ،(٥٤) ألا ترى انه اذا طرأ عليه الغصب نافاه ،(٥٥) بخلاف الرهن .(٥٦)

= ولما كان حكم الاصل هو زوال ضمان الغصب بايداع المغصوب عند الغاصب كان حكم الفرع كذلك فيزول ضمان الغصب برهن المغصوب عنـــــد الغاصب أيضا لذلك .

(٥٣) ذكره الرافعي ، وقد ذكر ان ظاهر المذهب انه لا يبرأ به ، وتـــردد الشيخ أبو محمد في ذلك ، أنظر فتح العزيز جـ١١ ص٢٥٥ .

واما أبو علي بن أبي هريرة المذكور فهو الحسن بن الحسين ، الامام الجليـل القاضي ، أحد عظماء الشافعية ورفعائهم ، شرح مختصر المزني ، وتفقــه عن ابن سريج وأبي اسحاق والمروزي ،

قال الرافعي : ابن أبي هريرة زعيم عظيم للفقهاء . أهـ قال ابن السبكي : له مسائل في الفروع محفوظة ، وأقواله فيها مسطورة . أهـ . أنظر طبقـات ابن السبكي جـ٢ ص٢٠٦ .

(٥٤) لان الايداع امانة لا يوجب الضمان الا بالتعدي ، والغصب عدوان يوجب الضمان بكل حال .

(٥٥) بمعنى ان الوديع اذا غصب الوديعة انقلبت يده عنها من يد أمانة الى يـد ضمان ، وانفسخ به العقد لان الايداع والضمان لا يجتمعان .

(٥٦) أي فانه لا ينافي الضمان ، فلو غصب المرتهن المرهون لم يبطل الرهـــن ويجب عليه الضمان .

أي فهذا فارق بين الاصل والفرع في قياسكم رهن المغصوب عنـــد الغاصب على ايداعه عنده . والقياس مع الفارق باطل .

قالوا : حكم [٥٧] يتعلق بالغصب فسقط بالرهن [٥٨] ، كالاثم ووجوب الرد [٥٩] .

قلنا : اذا تعدى فى استدامة الرهن لم يجب عليه الرد ويجب عليه الضمان [٦٠] ، واذا غصب شيئا وقام ليرده ، سقط عنه الاثم [٦١] ، ولم يسقط الضمان الى أن يرده [٦٢] .

---

(٥٧) صفة لموصوف محذوف ، تقديره : وجوب الضمان بالغصب حكم . . الخ .

(٥٨) أى عند الغاصب .

(٥٩) حيث يبرأ الغاصب منهما برد المغصوب .

بجامع ان كلا حكم يتعلق بالغصب ، اما الاصل فهو الاثم ووجوب الرد واما الفرع فهو ضمان المغصوب .

ولما كان حكم الاصل سقوط اثم الغصب ووجوب الرد برهن المغصوب ، كان حكم الفرع كذلك فيسقط ضمان الغصب برهن المغصوب عند الغاصب أيضا لذلك .

(٦٠) اذا أمسك المرتهن الرهن عن الراهن بعد سداد الدين ، صار متعديا ، فاذا هلك الرهن عنده ضمنه بالتعدى ، وان لم يجب عليه رده للراهن ، لان استرداد الرهن بعد سداد الدين انما يجب على الراهن لا على المرتهن فلا يجب عليه تحمل نفقة النقل للرد .

(٦١) لشروعه فى الرد بالقيام له .

(٦٢) فلو تلف وهو فى الطريق الى المالك قبل التسليم الى المالك لوجب عليه الضمان ، لان الرد لا يحصل بالشروع فيه ،

والمقصود هنا : هو نفى دعواهم التلازم بين وجوب الضمان من جهة ، والاثم ووجوب الرد من جهة أخرى ، فاذا سقط الاثم ووجوب الرد سقط الضمان .

فان التعدى باستدامة الرهن يوجب الضمان ولا يوجب الرد .

والقيام لرد المغصوب يسقط به الاثم ولا يسقط الضمان حتى يرد حقيقة .

* مسـألة (١١٧) : اذا باع الرهن باذن المرتهن قبل محل الديـن ، سقط الرهن.(١) / ١٥٢ش.

وقال أبو حنيفة : يكون الثمن رهناً.(٢)

لنـا : هو انه معنى يزيل الملك عن الرهن ،لا يستحقه المرتهن(٣) ، فعلـه الراهن باذنه فسقط حقه(٤) من الوثيقـة ،كالعتق(٥) ، ولانه معنى ينافـى

---

(١) المختصر ص ٩٤ . فتح العزيز جـ١٠ ص ١١٤ . الوجيز جـ١ص ١٦٥.
وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى جـ٢ ص ٢٣٤ . كشاف القناع جـ٣ص ٣٢٢
المغنى جـ٤ ص ٢٧٢.
وبه يقول ابن حزم : المحلى جـ٨ ص ٤٩١.

(٢) خلافا لأبى يوسف حيث قال لا يكون الثمن رهنا مكانه الا أن يشترطـه المرتهن.
أنظر الهداية جـ٩ص ١١٠ والكفاية بالهامش . التبيين جـ٦ ص ٨٤ . مجمـع الأنهر جـ٢ ص٦٠٣.
وفصل المالكية فقالوا : اذا سلم المرتهن الرهن للراهن فباعه بطل الرهـن والا بان اذن له فى بيعه لا حيائه بثمنه لا ليأخذ ثمنه حلف على ذلـك ويبقى الثمن رهنا الى الاجل ان لم يأت مكانه برهن آخر كالاول فى قيمتـه يوم الرهن لا البيع.
أنظر: الشرح الصغير جـ٢ص١١٤ .الجواهر جـ٢ص٨٠ . شرح المنح جـ٣ص٧٦.

(٣) لانه قبل المحل .

(٤) أى المرتهن .

(٥) حيث يزول به الملك عن العبد المرهون اذا اذن به المرتهن .
بجامع ان كلا معنى يزيل الملك عن الرهن ، اما الاصل فهو العتق واما الفرع فهو البيع.
ولما كان حكم الاصل هو سقوط حق المرتهن من الرهن بعتق العبد ، كان حكم الفرع كذلك فيزول حق المرتهن ببيع الرهن باذنه أيضا لذلك .

عقد الرهن فعله الراهن[٦] باذن المرتهن ،فابطلحقه من الوثيقة ،كالهبة[٧].

قالوا : بدل[٨] عن الرهن فتعلق به حق المرتهن ،كالثمن فى البيع فى الدين الحال[٩] والقيمة فى اتلافه[١٠].

قلنا : بيعه فى الدين الحال يوافق مقتضى الرهن[١١]، وبيعه فى المؤجل ينافى مقتضاه[١٢]، والاتلاف حصل بغير رضاه ، فلم يسقط به حقه[١٣]، كالعتق

---

(٦) فى نسخة ((ب)) : يتعلق به حق المرتهن .

(٧) حيث يبطل الرهن بهبة المرهون باذن المرتهن .

بجامع ان كلا معنى ينافى عقد الرهن فعله الراهن باذن المرتهن ، اما الاصل فهو هبة المرهون ، واما الفرع فهو بيع المرهون .

ولما كان حكم الاصل بطلان حق المرتهن فى الرهن بالاذن بهبة المرهون كان حكم الفرع كذلك فيبطل حقه بالاذن ببيع المرهون أيضا لذلك .

(٨) صفة لموصوف محذوف تقديره : ثمن المرهون بدل .

(٩) حيث يتعلق به حق الدائن .

(١٠) أى فى اتلاف الرهن . حيث يتعلق بها حق المرتهن .

والجامع فى القياس المذكور هو البدلية فى كل من الاصل وهو الثمن فى البيع فى الدين والقيمة فى اتلاف المرهون ، والفرع هو ثمن المرهون المبيع ،

ولما كان حكم الاصل هو تعلق حق المرتهن فى الثمن فى البيع فى الدين وفى القيمة فى اتلاف المرهون ، كان حكم الفرع كذلك فيتعلق حق المرتهن بثمن المرهون المبيع أيضا لذلك .

(١١) وهو استيفاء الحق منه .

(١٢) لان مقتضى الرهن فى الدين المؤجل هو حبس المرهون الى الاجل للاستيفاء من ثمنه ،فاذا بيع قبل الاجل فات على المرتهن محل الاستيفاء وقت الحلول .

(١٣) بل يتعلق بقيمة المرهون المتلف.

بغير اذنه (١٤) ، والبيع حصل برضاه فسقط به حقه ، كالعتق باذنه (١٥) .

* مسـألة (١١٨) : اذا اذن المرتهن للراهن في البيع بشرط ان يعجل دينه فباعه لم يصح البيع (١) . / ٥٢ ش .

وقال أبو حنيفة : يصح (٢) .

---

(١٤) حيث لا يسقط به حق المرتهن في المرهون بل يتعلق بقيمته فترهن مكانـه .
بجامع الفوات بغير رضا المرتهن في كل من الاصل وهو عتق المرهون بـدون اذن المرتهن ، والفرع وهو اتلاف المرهون .
ولما كان حكم الاصل هو عدم سقوط حق المرتهن بعتق المرهون بغير اذنـه كان حكم الفرع كذلك فلا يسقط حق المرتهن بتلف المرهون أيضا لذلك .

(١٥) حيث يسقط به حق المرتهن .
بجامع الفوات برضا المرتهن في كل من الاصل وهو العتق باذنه والفـرع وهو بيع الرهن باذنه .
ولما كان حكم الاصل سقوط حق المرتهن فيه ، كان حكم الفرع كذلك فيسـقط حقه في الرهن المبيع باذنه أيضا لذلك .
أي فهذا فارق بين الاصل والفرع يبطل به قياسهم المذكور .

(١) خلافا للمزني حيث قال: يصح البيع ويفسد الشرط .
المختصر ص ٩٥ . الوجيز جـ١ ص١٦٦ . المنهاج ص٥٥ . وذكر في المهذب : جـ١ ص ٣١٤ عن أبي اسحاق انه حكى قولا آخر بأنه يصح البيع ويكـون ثمنه رهنا مكانه .

(٢) الهداية جـ٩ ص١١٠ . التبيين جـ٦ ص ٨٤ . مجمع الانهر جـ٢ ص ٦٠٣ .
وذهب الحنابلة الى أن البيع فيه يصح ويلغو الشرط
لان التأجيل أخذ قسطا من الثمن ، فاذا اسقط بعض مدة الاجل فـي مقابلة الاذن فقد اذن بعوض ، وهو ما يقابل الباقي من مدة الاجل مـن الثمن ، وهذا لا يجوز أخذ العوض عنه فيلغو . =

لنا : هو ان الاذن (٣) بشرط (٤)، ولم يسلم له الشرط (٥) فسقط الاذن ، وبطل البيع ، كما لو (٦) قال : بعتك داري بكذا على أن تبيعني ثوبك بكذا (٧).

قالوا : هذا شرط تقدم البيع ، فأشبه اذا قال لوكيله بع هذه السلعة ولك عشر ثمنها (٨).

= أنظر : شرح المنتهى جـ٢ ص ٢٣٤ . كشاف القناع جـ٣ ص ٣٢٥ . وذكر في المحرر جـ١ ص ٣٣٦ قولا آخر انه يصح ، وفي كون الثمن رهنا وجهان ويلغو شرط التعجيل قولا واحدا.
وبصحة البيع لتعجيل الدين ، يقول المالكية أيضا أنظر بداية المجتهد : جـ٢ ص ٣٠١ .

ولم أجد لابن حزم قولا في هذه المسألة .

(٣) أي من المرتهن ببيع الرهن .

(٤) في نسخة ((ب)) : لشرط.

(٥) لفساده .

(٦) سقط حرف (لو) من نسخة ((ب)) .

(٧) حيث يبطل البيع في الصورة المذكورة لانها من باب صفقتين في صفقة ، وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن ذلك .
أنظر مسند الامام أحمد جـ١ ص ٣٩٨ .

(٨) حيث يصح ذلك العقد .
بجامع تقدم الشرط على البيع في كل من الاصل وهو مالو قال لوكيله بع هذه السلعة ولك عشر ثمنها ، والفرع وهو مالو اذن للراهن في بيع المرهون على أن يعجل دينه .
ولما كان حكم الاصل هو صحة العقد في قوله لوكيله بع هذه السلعة ولك عشر ثمنها . كان حكم الفرع كذلك فيصح العقد في اذنه للراهن بالبيع على أن يعجل دينه أيضا لذلك .

قلنا : ليس المفسد هو الشرط بل عدم الاذ ن (٩)، ويخالف الوكيل ،

فانه لم (١٠) يجعل الجعل فى مقابلة الاذ ن (١١) ، وانما جعله فى مقابلة البيع (١٢)،

فاذا بطل (١٣) بقى الاذ ن فى البيع (١٤)، وها هنا (١٥) جعل التعجيل فى مقابلة الاذ ن ، فاذا

سقط التعجيل (١٦) سقط الاذ ن (١٧) وحصل البيع بغير اذ ن (١٨) فبطل .

ولا ن هناك (١٩) الوكيل يستحق اجرة (٢٠) المثل (٢١)، ولا يستحق المرتهن ها هنا

شيئا (٢٢) .

---

(٩) أى لا نه اذ ن فاسد ، ففسد به الشرط ، فكان كبيع الرهن ليعجل د ينه بلا اذ ن من المرتهن .

(١٠) أى الموكل .

(١١) أى للوكيل فى بيع السلعة .

(١٢) لأن الجعل وهو عشر ثمن السلعة هنا معلق على بيع السلعة .

(١٣) أى الجعل لجهالته ، اذ لا يد رى بكم ستباع السلعة حتى يعلم كم سيكون عشرها . والجهالة تؤثر فى ابطال عقود المعاوضة .

(١٤) أى فيصح بيع الوكيل وله اجرة المثل .

(١٥) أى فى الاذ ن ببيع الرهن على أن يعجل الراهن الد ين للمرتهن .

(١٦) لكون عقد البيع فيه من باب بيع وشرط وهو منهى عنه .

(١٧) لا نه مبنى على حصول البيع ، فاذا لم يصح البيع ، ارتفع الاذ ن .

(١٨) أى من المرتهن .

(١٩) أى فى التوكيل ببيع السلعة على أن للوكيل عشر ثمنها .

(٢٠) فى نسخة ((ب)) : ولا ن هناك يستحق الرجل اجرة المثل .

(٢١) لفساد العوض لجهالته .

(٢٢) لا ن الرهن لا زال باقيا .

أى فكان قياسهم المذكور قياسا مع الفارق ، وهو معه باطل .

* مسألة (١١٩) : اذا وطئ المرتهن المرهونة باذن الراهن جاهلا بالتحريم لم يجب المهر في أحد القولين[(١)] ./ ١٥٢ ش.

وقال أبو حنيفة : يجب[(٢)] .

لنا : انه اتلاف لو كان بغير اذن الراهن أوجب[(٣)] البدل ، فاذا كان

---

(١) سقط قوله (في أحد القولين) من نسخة ((ب)) ./ وأنظر المسألة في كل من : الام جـ٣ ص ١٤٥ . المختصر ص ٩٤ . ومحل القولين: هو ما اذا وطئ باذن الراهن جاهلا بالتحريم فالاصح انه لا حد عليه ، واما وجوب المهر فلا يلزمه الا اذا اكرهها قولا واحدا .

بخلاف صنيع المؤلف فان النووي لم يذكر في المنهاج ص ٥٦ قولا آخر في حال الاكراه ، وان كان قد سكت عن حال عدم الاكراه وكذا سكت عنه شارحوا المنهاج . الا أن الغزالي ذكر في الوجيز جـ١ص١٦٦ الوجهين في وجوب المهر .

وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى جـ٢ص٢٤٥ .كشاف القناع جـ٣ ص ٣٤٩ .

المغني جـ٤ ص ٢٧٦ .

وبه يقول ابن حزم . المحلى جـ٨ ص٥١٥ : ولا حق للمرتهن في شئ من رقبة الرهن ، فان كانت امة فوطئها فهو زان وعليه الحد ، وذلك الولد رقيق للراهن . أهـ.

قلت: ولا يجتمع حد ومهر ، فيكون ابن حزم قائلا بقول الشافعية هنا ، والله أعلم .

(٢)

وذهب المالكية الى أنها تقوم عليه بلا ولد ، حملت أو لم تحمل .ولا يقوم الولد لانه حر .

أنظر الشرح الكبير جـ٣ص٢٥٠ .الشرح الصغير جـ٢ص١١٩ . الجواهر: جـ٢ ص٨٣ .

(٣) في نسخة ((ب)) : لأوجب ./ ودخول اللام في خبر (لو) ، جائز وهو الأكثر .

باذنه لم يوجب ، كقطع اليد (٤)، ولانه اتلاف باذن مجرد (٥) من المالك ، فلم يوجب البدل ، كالزنا بالمطاوعة (٦).

قالوا : الوطؤ فى ملك الغير لا يخلو من مهر أو حد ، وقد سقط الحد هاهنا (٧) فوجب المهر كما لووطئ فى نكاح فاسد (٨).

---

(٤) زاد فى نسخة ((ب)) : قوله : كقطع اليد بأمره . / حيث لا يجب على القاطع شئ أصلا ، لا قصاص ولا دية . فان سرى القطع الى النفس فهدر أيضا وقيل: تجب دية . أنظر شرح المحلى جـ٤ ص ١٢٧ .
بجامع الاذن باتلافه فى كل من الاصل وهو قطع اليد ، والفرع وهو وطئ المرهونة .
ولما كان حكم الاصل عدم وجوب الضمان به ، كان حكم الفرع كذلك فلا يجب المهر بوطئ المرهونة باذن الراهن أيضا لذلك .

(٥) أي عن الضمان أو الشرط .

(٦) حيث لا يوجب ذلك على الزانى بالمطاوعة مهرا ، لانه اتلاف باذن مجرد وصريح منها ، وانما يجب فيه الحد .
والجامع فى القياس المذكور هو ان كلا اتلاف باذن مجرد من المالك ، اما الاصل فهو الزنا بالمطاوعة ، واما الفرع فهو وطؤ المرهونة باذن الراهن .
ولما كان حكم الاصل عدم وجوب المهر فى الزنا بالمطاوعة ، كان حكم الفرع كذلك فلا يجب المهر فى وطئ المرتهن المرهونة باذن الراهن أيضا لذلك .

(٧) للشبهة ، فان المرتهن قد يظن انه برهنها والاذن يجوز له الوطؤ .

(٨) حيث يجب فيه المهر ويسقط الحد ، للشبهة .
بجامع سقوط الحد فى كل من الاصل وهو الوطء فى نكاح فاسد ، والفرع وهو مالو وطئ المرتهن المرهونة باذن الراهن .
ولما كان حكم الاصل وجوب المهر فى الوطء بنكاح فاسد كان حكم الفرع كذلك فيجب المهر فى وطئ المرهونة باذن الراهن أيضا لذلك .

قلنا : يبطل بالبائع اذا وطئ الجارية المبيعة قبل القبض (٩) ، وبالعبد اذا وطئ أمة مولاه بالنكاح (١٠) ، والمعنى فى الاصل (١١) ان الاذن (١٢) يستند الى عقد (١٣) ، فلم يسقط البدل ، كالاستخدام فى الاجارة الفاسدة ، والاتلاف فى البيع الفاسد (١٤) ، وهاهنا (١٥) اذن مجرد عن عقد ، فهو كالاذن فى استخدامه من غير عقد ، وفى اكل طعامه من غير بيع (١٦) .

---

(٩) زاد فى نسخة ((ب)) : قبل القبض عند أبى حنيفة ثم تقايلا .
أى حيث يبطل به البيع ولا حد ولا مهر عليه ، مع ان الوطئ حصل فى ملك الغير أعنى ملك المشترى وان كان ملكا ضعيفا لانه لم يسلم الثمن للبائع ، فانفسخ البيع لذلك .

(١٠) حيث لا حد ولا مهر ، مع كون الوطئ فيه حاصلا فى ملك الغير وهو السيد هنا .

(١١) وهو الوطئ فى النكاح الفاسد .

(١٢) أى فى الوطئ .

(١٣) وهو عقد النكاح ، وان كان فاسدا ، فان الفساد يمنع دوام العقد ولا يوجب الحد .

(١٤) حيث لا يسقط بدل الاجارة ولا قيمة المتلف ، فيهما .
بجامع الاستناد الى عقد ، فى كل من الاصل وهو الاستخدام فى الاجارة الفاسدة والاتلاف فى البيع الفاسد ، والفرع وهو الوطئ فى نكاح فاسد .
ولما كان حكم الاصل ثبوت البدل بالاستخدام فى الاجرة الفاسدة وثبوت القيمة والاتلاف فى البيع الفاسد ، كان حكم الفرع كذلك فيثبت المهر فى النكاح الفاسد أيضا لذلك .

(١٥) أى فى وطئ المرتهن المرهونة باذن الراهن .

(١٦) فى نسخة ((ب)) : من غير اذنه .
حيث لا يثبت البدل فى ذلك .
بجامع ان كلا اذن مجرد عن العقد . اما الاصل فهو الاذن فى استخدام =

* مسألة (١٢٠) : فان اتت المرهونة بولد من وطئ المرتهن (١) وهو جاهل بالتحرم ، فهو حر. (٢) / ١٥٢ش.

وقال أبو حنيفة : هو مملوك. (٣)

لنا : هو أنه (٤) شبهة تقتضى حرية (٥) الولد ، فأشبه المغرور فى النكاح بحرية المرأة (٦).

= العبد من غير عقد وفى أكل الطعام من غير بيع، واما الفرع فهو الاذن للمرتهن بوطئ المرهونة بلا عقد .

ولما كان حكم الاصل هو سقوط البدل فى الاستخدام بلا عقد ولا طعام بدون بيع، كان حكم الفرع كذلك فيسقط المهر بالاذن بوطئ المرهونة بلا عقد أيضا لذلك .

والمقصود: اثبات الفارق بين الاصل والفرع فى قياسهم الاذن للمرتهن بوطئ المرهونة فى ايجاب المهر لها على النكاح الفاسد ، ولا قياس مع الفارق .

(١) أى المأذون له به .

(٢) المختصر ص ٩٤ . الأم جـ٣ ص١٤٥ . المنهاج ص ٥٥ .

وبه يقول الحنابلة: شرح المنتهى جـ٢ ص٢٤٠ . كشاف القناع جـ٣ ص ٣٤٩

المغنى جـ٤ ص ٢٧٥ .

وهو قول المالكية: الشرح الصغير جـ٢ ص ١١٩ . الجواهر جـ٢ ص ٨٣ .

شرح المنح جـ٣ ص ٩٣ .

(٣) لم اجده فى مظانه عندهم .

واليه ذهب ابن حزم: المحلى جـ٨ ص ٥١٥ .

(٤) فى نسخة ((ب)) : هو أنها . / أى الشبهة وبالتذكير المراد به الاذن .

(٥) فى نسخة ((ب)) : حرمة الولد . / أى على البيع بسبب انعقاده حرا .

(٦) أى فيما لو تزوجها على أنها حرة فبانت امة ، فان جاءت بولد كان الولد منها حرا ، عليه قيمته لسيدها . أنظر المنهاج ص ١٠٠ . =

قالوا : وطئها مع العلم بأنها مملوكة لغيره ، فأشبه اذا تزوج امة غـــيره واولد ها .(٧)

قلنا : هناك(٨) لم يعتقد انها كجاريته(٩) ، وها هنا(١٠) اعتقد(١١) أنها كجاريتـــه وذلك يقتضى حرية الولد ،(١٢)

= بجامع ان كلا شبهة تقتضى حرية الولد . اما الاصل فهو الاغترار فى النكاح بحرية المرأة ، واما الفرع فهو الاذن فى وطئ المرتهن المرهونة باذن الراهن جاهلا بالتحريم .

ولما كان حكم الاصل كون الولد حرا فيما اذا اغتر الزوج بحرية المرأة ، كان حكم الفرع كذلك فيكون الولد حرا فيما اذا جهل المرتهن المأذون له بوطئ المرأة حل وطئها أيضا لذلك .

(٧) حيث يكون ولده منها رقيقا لسيده .

بجامع الوطئ مع العلم بأنها مملوكة للغير ، فى كل من الاصل وهو مالـــو تزوج امة الغير واولد ها ، والفرع وهو مالو وطئ المرتهن امة الراهـــن باذنه .

ولما كان حكم الاصل هو كون الولد رقيقا للسيد ،

كان حكم الفرع كذلك فيكون الولد رقيقا فيما اذا اذن له الراهن بوطئهـا فولدت أيضا لذلك .

(٨) أى فى حال ايلاده امة الغير بالتزويج .

(٩) لانه لا ملك له فيها ولا شبهـــة ملك ، فكان ولده منها رقيقا .

(١٠) أى فى حال ايلاده امة الراهن باذنه .

(١١) فى نسخة ((ب)) : يعتقد ./ أى بسبب الاذن له بالوطئ وبسبب الارتهان للموطوءة عنده .

(١٢) أى وبهذا الفارق بين الاصل والفرع يبطل قياسهم المذكور .

* مسـألة (١٢١) : لا يصح توكيل[1] المرتهن فى بيع الرهن[2] ٠/١٥٣ى٠

وقال أبو حنيفة : يصح.[3]

لنا : هو انه توكيل فيما يتعارض فيه غرض الوكيل والموكل[4]، فأشبه اذا وكله فى البيع من نفسه.[5]

---

(١) من اضافة المصدر الى مفعوله. والراهن هو الفاعل هنا .

(٢) الام جـ٣ ص١٦٩ ٠ المجموع جـ١٢ ص ٢٣٧ ٠ وفى المنهاج ص٥٠٦ : ولو باعه المرتهن بأذن الراهن فالاصح انه ان باع بحضرته صح والا فلا . أهـ .
فتحصل ان فى المسألة ثلاثة أقوال : الجواز مطلقا ، والجواز بشرط حضور الراهن والثالث لا يصح مطلقا . أنظر شرح المحلى جـ٢ ص٢٧٤٠

(٣) الهداية جـ٩ ص١٠٦ ٠ التبيين جـ٦ ص٨١ ٠ مجمع الانهر جـ٢ ص٦٠٠٠
وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى جـ٢ ص٢٤٠ ٠ كشاف القناع جـ٣ص٣١٢
المقنع ص١١٧ ٠
وبه يقول المالكية : بشرط أن يأذن الراهن للمرتهن ببيعه بعد العقد لا فى حال العقد والا كانت وكالة اضطرار. ومحل الجواز أن لم يقل له : ان لم آت بالدين .
انظر الشرح الصغير جـ٢ ص١١٩ ٠ الجواهر جـ٢ص٨٤ ٠ شرح المنح جـ٣ص٩٤ ٠
ولم أجد لابن حزم فى هذه المسألة قولا .

(٤) وذلك ان الراهن يريد التأنى فى البيع للاستقصاء فى الثمن .
والمرتهن يريد الاستعجال فى البيع ليستوفى فى دينه ، فلم يجز التوكيل فيه لذلك . أنظر المجموع جـ١٢ص ٢٣٧٠

(٥) حيث لا يجوز ذلك للتهمة فى الشراء برخص .
بجامع ان كلا توكيل فيما يتعارض فيه غرض الوكيل والموكل . اما الاصل فهو توكيل المرتهن ببيع الرهن من نفسه ، واما الفرع فهو توكيله ببيعه من غيره .
ولما كان حكم الاصل هو عدم جواز توكيل المرتهن ببيع الرهن من نفسه ، كان حكم الفرع كذلك فلا يجوز توكيله ببيعه من غيره أيضا لذلك .

قالوا : ما جاز توكيل العدل (٦) في بيعه ، جاز توكيل المرتهن (٧) ، كغير الرهن (٨) .

قلنا : في غير الرهن ، المرتهن (٩) والعدل واحد ، (١٠) وهاهنا (١١) يختلفـــان

لأن احدهما (١٢) يبيع في حق نفسه ، (١٣) والاخر (١٤) يبيع في حق غيره ، (١٥) فافترقا (١٦) .

---

(٦) وهو من رضى الراهن والمرتهن بوضع الرهن في يده .

(٧) في نسخة ((ب)) : جاز توكيل المرتهن فيه . / أي في بيع الرهن .

(٨) أي من المملوكات الاخرى غير المرهونة ، حيث يجوز ان يوكل في بيعهـــا من شاء .

بجامع جواز توكيل العدل في بيعه في كل من الاصل وهو غير الرهن والفرع وهو الرهن .

ولما كان حكم الاصل جواز توكيل المرتهن في بيع غير الرهن ، كان حكم الفرع كذلك فيجوز توكيل المرتهن في بيعه أيضا لذلك .

(٩) في نسخة ((ب)) : والمرتهن . / بزيادة الواو ، وهي مقحمة لا محل لها هنا .

(١٠) اذ لا ميزة لاحدهما على الاخر في غير المرهون فهما فيه سواء لانهمـــا يبيعان ما وكلا في بيعه لحق غيرهما .

(١١) أي في حال الرهن .

(١٢) وهو المرتهن .

(١٣) فيراعي الاحظ والانسب لنفسه ، فيقدم مصلحة نفسه على مصلحة الراهـــن فيتضرر الراهن بذلك فمنع من التوكل فيه للتهمة .

(١٤) وهو الوكيل في غير الرهن .

(١٥) أي فلا يتهم في بيعه اذ لا حظ له في البيع للغير .

(١٦) أي والقياس مع الفارق باطل .

* مسألة (١٢٢) : اذا وضع الرهن على يد عدلين جعل في حرزهما[1] ، وخرج أبو العباس[2] قولا آخر انه ان كان مما ينقسم قسم بينهما ، وان لم ينقسم جعل في يد أحدهما[3] . / ١٥٣ (ع) .

وهو قول أبي حنيفة[4] .

---

(١) وهو المكان الذى يحفظ فيه الشئ . والجمع احراز مثل حمل واحمال .
أنظر المصباح جـ١ ص ١٤٠ .
زاد في المختار ص ١٣٠ بأنه : المكان الحصين . أهـ .
أى أن الرهن يجعل في حرز يتفقان عليه معا ، ويكون لهما عليه يد سواء بالملك أو الاجارة أو الاعارة ، سواء اتفقا في ذلك أو اختلفا فيه كملك لاحدهما واجارة أو اعارة للآخر ، أو ملك ربعه لاحدهما والباقى للآخر.
ولابد أن يكون لكل منهما عليه مفتاح ، وانه متى طلبه احدهما مكن منه .
أنظر قليوبى جـ٢ ص ٢٧٣ .

(٢) هو ابن سريج ، أنظر ترجمته في المسألة رقم (١٠٣) هامش (٥٢) .

(٣) في المنهاج ص ٥٥ : ولو شرطا وضعه عند عدل جاز أو عند اثنين ونصا على اجتماعهما على حفظه أو الانفراد به فذاك ، وان اطلقا فليس لاحدهما الانفراد في الاصح . أهـ . وأنظر المجموع جـ١٢ ص ٢٣٥ . فتح العزيز : جـ١٠ ص ١١٩ .
وبعدم انفراد احدهما بحفظه يقول الحنابلة أيضا .
أنظر : شرح المنتهى جـ٢ ص ٢٣٨ . كشاف القناع جـ٣ ص ٣٣١ . المغنى جـ٤ ص ٢٦٤ .

(٤) المبسوط جـ٢١ ص ١٦٥ .
وذهب ابن حزم الى أن قبض الرهن في نفس العقد شرط في صحته فلا يصح وضعه على يدى عدل اصلا لان ذلك ليس بقبض فيه ،
أنظر المحلى جـ٨ ص ٤٨١ . وهو قول زفر من الحنفية . أنظر التبيين جـ٦ ص ٨٠ .
ولم أجد قول المالكية في هذه المسألة .

لنـــا : هـــو[٥] انه لم يوجد الرضا باحدهما[٦] ، فأشبه اذا وكلهما في بيـــع سلعة.[٧]

قالوا : العدلان كالمالكين في اليد[٨] ، ثم المالكان يقسمان ما ينقسم ويمسكه كل واحد منهما مدة فيما[٩] لا ينقسم .

---

(٥) سقط لفظ (هو) من نسخة ((ب)) .

(٦) أى منفردا بحفظ الرهن عن الآخر.

(٧) حيث لا يجوز لاحدهما الانفراد في بيعها . لان الموكل يثق بنظرهمـــا اذا اجتمعا فقط .
بجامع انعدام الرضا بانفراده ، في كل من الاصل وهو مالو وكلهما فـــي بيع سلعة والفرع وهو مالو وضع الرهن على يدى عدلين .
ولما كان حكم الاصل عدم جواز انفراد أحد الوكيلين في بيع الســـلعة ، كان حكم الفرع كذلك فلا يجوز لاحد العدلين الانفراد في حفـــظ الرهن أيضا كذلك .

(٨) أى في التسلط على السلعة .

(٩) في نسخة ((ب)) : فكذلك فيما لا ينقسم . / أى فكذلك العدلان .
بجامع المماثلة في وضع اليد في كل من الاصل وهو المالكان ، والفـــرع وهو العدلان .
ولما كان حكم الاصل أن المالكين للشئ الواحد يقسمان ما ينقســـم ويمسكه كل واحد منها مدة فيما لا ينقســـم ، كان حكم الفـــرع كذلك أيضـــا .

قلنا : تصرف المالكين بالملك[١٠]، ففعلا[١١] ماشاءا ، وتصرف[١٢] العدلين بالاذن ، فلايجوز أن يخالفا الاذن ، ولهذا يجوز لكل واحد من المالكين أن ينفرد ببيع نصيبه[١٣]، ولا يجوز ذلك للوكيلين[١٤].

* مسألة (١٢٣) : اذا وكل[١] العدل في بيع الرهن[٢]، ثم عزله ، انعزل[٣].

/ ١٥٣ ى.

---

(١٠) أى بحكم الملك.

(١١) في نسخة ((ب)) ÷ يفعلا . / وهو تحريف.

(١٢) في الاصل ونسخة ((ب)) : أو تصرف . / وهو خطأ ، اذ لا معنى لها هنا .

(١٣) لان البيع تصرف يختص الملك ، وهو يملك نصيبه فصح ذلك منه .

(١٤) أى أن ينفرد احدهما ببيع بعض السلعة التي وكلها المالك ببيعها ، لان الاذن يقتضى فعل المأذون فقط ، والمخالفة فيه عدوان من المخالف ، أى فبطل قياسهم العدلين على المالكين للفارق المذكور بينهما .

(١) أى الراهن .

(٢) أى وكانت الوكالة المذكورة مشروطة في نفس عقد الرهن ، بدليل القياس الذى سيذكره بعد قوله : قلنا . وأنظر التبيين جـ٦ ص ٨١ .

(٣) الام جـ٣ ص ١٦٩ . فتح العزيز جـ١٠ ص١٣٠ . شرح المحلى جـ٢ ص٢٧٤ .

وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى جـ٢ ص ٢٤٠ . كشاف القناع جـ٣ ص٣٣٧ . وذكر في المغنى جـ٤ ص ٢٦٥ عن ابن أبي موسى قوله : ويتوجه لنا مثل ذلك - يعنى عدم الانعزال كقول أبي حنيفة ومالك - فان أحمد قد منع الحيلة في غير موضع من كتبه ، وهذا يفتح باب الحيلة للراهن فانه يشترط ذلك للمرتهن ليجيبه اليه ثم يعزله ، .أهـ .

وقا ل أبو حنيفة : لا ينعزل.(٤)

لنا : هو انها وكالة تنفسخ بموت الوكيل ، فانفسخت بعزل الموكل ، كما لو وكله في البيع بعد الرهن،(٥) ولانه اذا انعزل بعزل المرتهن(٦) وهو لا يملك(٧) فبعزل الراهن أولى.(٨)

---

(٤) الهداية جـ٩ ص١٠٦ . التبيين جـ٦ ص ٨١ . مجمع الانهر جـ٢ ص٦٠٠ .

وذهب المالكية الى أنه ليس للراهن وحده ولا للمرتهن وحده عزله ، فان اتفقا على ذلك جاز. الجواهر جـ٢ ص ٨٤ . شرح المنح جـ٣ ص ٩٥ .

وذكر في المنتقى جـ٥ ص ٢٥٥ عن القاضي أبي اسحاق جواز عزله .

ولم أقف لابن حزم على قول في هذه المسألة .

(٥) أي كما لو عقدا الرهن ، ثم وكل الراهن عدلا في بيع الرهن ثم عزله ، فانه ينعزل وينفسخ التوكيل .

بجامع انها وكالة تنفسخ بموت الوكيل في كل من الاصل وهو مالو وكله في البيع بعد الرهن ، والفرع وهو مالو وكل العدل بالبيع في عقد الرهن .

ولما كان حكم الاصل هو صحة فسخ الوكالة في البيع بعد الرهن ،كان حكم الفرع كذلك فيصح فسخ الوكالة بالبيع في عقد الرهن أيضا لذلك .

(٦) من اضافة المصدر الى فاعله . وهذا على أحد القولين ،والثاني لا ينعزل . أنظر شرح المحلي جـ٢ ص ٢٧٤ .

(٧) أي لا يملك الرهن .

(٨) لانه مالك الرهن ، والمتصرف فيه ،فكانت جهته أقوى في التسلط عليه من المرتهن .

قالوا : من حقوق الرهن[٩]، فلا يملك[١٠] الراهن عزل العدل عنه كالامساك[١١].

قلنا : الامساك لو شرط بعد الرهن لم يملك[١٢] عزله عنه ، بخلاف البيع[١٣].

---

(٩) أى بيع الرهن حق من حقوقه. لأن به يكون الاستيفاء من الرهن عند المحل .

(١٠) في الاصل ونسخة ((ب)) : فلا يملك عزل الراهن عنه كالامساك . / وهو غير واضح كما ترى لان فرض المسألة ان الموكل هو الراهن ، فكيف يقال : لا يملك المرتهن عزل الراهن عنه . فالصواب ما أثبتناه ، والله أعلم .

(١١) حيث لا يملك الراهن عزل العدل عن امساك الرهن ، اذا اتفقا على وضع الرهن عنده .

بجامع ان كلا حق من حقوق الرهن . اما الاصل فهو امساك الرهن عند العدل ، واما الفرع فهو بيع الرهن عند المحل .

ولما كان حكم الاصل هو عدم ملك الراهن عزل العدل عن امساك الرهن وحبسه كان حكم الفرع كذلك فلا يملك الراهن عزل العدل عن بيع الرهن أيضا لذلك .

(١٢) أى الراهن .

(١٣) حيث اذا شرط الراهن والمرتهن بعد عقد الرهن بيع الرهن ووكلا عدلا في بيعه جاز للراهن عزل الوكيل عن البيع.
أى فلا يصح قياسهم عزل العدل عن البيع على عزله عن الامساك للفارق بينهما وهو ان الراهن لا يملك عزل العدل عن الامساك اذا شرط بعد الرهن ويملك عزله عن البيع اذا شرط بعد الرهن . والقياس مع الفارق باطل .

وفى الامساك لو عزله المرتهن عنه (١٤) لم ينعزل عنه (١٥)، بخلاف البيع (١٦).

* مسألة (١٢٤) : اذا ادعى العدل دفع الثمن الى المرتهن ولم يشهد عليه وانكر المرتهن ضمن العدل (١). /١٥٣ ى.

وقال أبو حنيفة : لا يضمن (٢).

لنا : هو انه لم يدفع دفعا مبرئا (٣) فضمن ، كما لو دفع الى غير المرتهن (٤).

---

(١٤) أى لو عزل المرتهن العدل عن الامساك.

(١٥) سقط لفظ (عنه) من نسخة ((ب)) . / لضعف يد المرتهن عن يد الراهن ، فان الراهن مالك للرهن ، والمرتهن يملك حبسه فقط دون التصرف فيه .

(١٦) حيث لو عزله عنه المرتهن انعزل عنه .
أى فدل هذا أيضا على بطلان قياسهم المذكور.

(١) لانه قصر فى الاشهاد ، والاصل عدم الدفع.
الام جـ٣ ص ١٧٠ . فتح العزيز جـ١٠ ص١٣٢ .

وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى جـ٢ ص ٢٤٠ . كشاف القناع جـ٣ص٣٣٦ .
وذكر فى المغنى جـ٤ ص٢٦٨ قولا آخر عن الشريف أبى جعفر وأبى الخطاب انه لا يضمن ، كقول الحنفية .
واليه ذهب المالكية : الشرح الصغير جـ٢ ص١٢٠ . مواهب الجليل : جـ٥ ص٢٠٥ .

(٢) اشباه ابن نجيم ص ٢٧٥ .

ولم أقف على قول لابن حزم فى هذه المسألة

(٣) فى نسخة ((ب)) : مبرما . / والدفع المبرئ هو الذى يزول عنه به الضمان ويحصل ذلك بالاشهاد .

(٤) حيث لا يبرأ به من الضمان .
بجامع انعدام الدفع المبرئ فى كل من الاصل وهو مالو دفع الثمن الى غير =

قالوا : دفع الى من أمره (٥)، فأشبه اذا قال أودعه فلانا ، فأنكر المودع. (٦)

قلنا : الا أنه لم يدفع كما أمره (٧)، والاصل (٨) لا نسلم فى أحد الوجهين (٩)،

ثم الاشهاد هناك (١٠) لا يفيد لان القول فى الرد والتلف قول المودع (١١)

= المرتهن ، والفرع وهو مالو دفعه الى المرتهن بغير اشهاد وانكره المرتهن .
ولما كان حكم الاصل هو تضمين العدل الثمن اذا دفعه الى غير المرتهن
كان حكم الفرع كذلك فيضمنه اذا دفعه للمرتهن ولم يشهد عليه ، أيضا
لذلك .

(٥) أى الى من أمره الراهن بالدفع اليه ، وهو المرتهن .

(٦) حيث لا يضمن المأمور المال الذى جحده المودع .
بجامع الدفع الى من أمر بالدفع اليه فى كل من الاصل وهو مالو أمره
بايداع المال عند شخص فانكره المودع ، والفرع وهو مالو أمره
بالدفع الى المرتهن ففعل ولم يشهد وأنكره المرتهن .
ولما كان حكم الاصل هو سقوط الضمان عن المأمور بايداع المال عند
شخص فانكره ، كان حكم الفرع كذلك فلا ضمان على العدل اذا دفع
الثمن الى المرتهن وانكره أيضا لذلك .

(٧) لانه مأمور بالدفع المبرئ ، وذلك لا يكون الا بالاشهاد ، فاذا لم يشهد
لم يدفع كما أمره ، فيجب عليه به الضمان .

(٨) وهو سقوط الضمان عن أمره شخص بايداع ماله عند فلان ، فانكر
المودع أى ولم يشهد عليه عند الايداع ، وقد ذكر القولين فى
التنبيه ص ٧٧ ولم يرجح أحدهما على الآخر.

(٩) فى نسخة ((ب)) : على أحد الوجهين .

(١٠) أى فى الايداع .

(١١) لانه مؤتمن عليها فيصدق فى دعواه ذلك . فلا يترتب على الاشهاد فيه
فائدة .

وهاهنا[١٢] يفيد ، وهو ابراء الراهن ،فاذا تركه[١٣] فقد فرط[١٤] ، فضمن[١٥].

* مسـألة (١٢٥) : اذا[١] مات العدل لم يجز للحاكم ان يدفع الرهـن الى المرتهن[٢]. ١٥٣/٠ى.

---

(١٢) أى في رد الثمن على المرتهن .

(١٣) أى فاذا ترك العدل الا شهاد .

(١٤) بفتح الموحدة فتضعيف المهملة أى قصر وزنا ومعنى . ويجوز فيه التخفيف أيضا أنظر المختار ص ٤٩٩.

(١٥) أى فبطل أن يقاس جحود المرتهن على جحود المودع للفارق المذكـور بينهما .

(١) هذه المسألة ساقطة من نسخة ((ب)) .

(٢) أى بل يضعه عند عدل آخر ، والمراد بالعدل ههنا ، من رضـى الراهن والمرتهن بوضع الرهن في يده ، وسمى عدلا ،لعدالتـه في زعم الراهن والمرتهن .وفيه اشعار باشتراط كونه عاقلا بالغا ، لانـه القادر على القبض . افاد ذلك في مجمع الانهر جـ٢ ص٦٠٠ وأنظـر الدر المنتقى عليه أيضا .
وأنظر المسألة في : المنهاج ص٥٥٠ شرح المحلى جـ٢ ص٢٧٣.
وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى جـ٢ ص٢٣٩ . كشاف القناع جـ٣ص٣٣٣: وان اختلفا أى الراهن والمرتهن عند موت العدل فيمن يضعانه عنـده أو اختلف الراهن وورثة المرتهن بعد موته فيمن يضعانه عنـده ، رفعا الأمر الى الحاكم ليضعه بيد عدل قطعا للنزاع.أهـ .
وأنظر المغنى جـ٤ ص٢٦٥.

وقال أبو حنيفة : يجوز.(٣)

لنا : هو أنه(٤) أحد المتراهنين ، فلا يجوز للحاكم أن يدفع اليه بعد موت العدل ، كالراهن.(٥) ولانه(٦) نائب عن العدل ، والعدل لا يدفع الى المرتهن فكذلك الحاكم.(٧)

قالوا : من رضيه الحاكم لوضع الرهن على يده(٨) جاز له الدفع اليه ، كالاجنبى.(٩)

---

(٣) المبسوط جـ٢١ ص ٨٠.

ولم أجد لابن حزم قولا فى هذه المسألة ولا للمالكية أيضا .

(٤) أى المرتهن .

(٥) حيث لا يجوز للحاكم دفع الرهن اليه بعد موت العدل .

بجامع ان كلا أحد المتراهنين ، اما الاصل فهو الراهن واما الفرع فهو المرتهن .

ولما كان حكم الاصل عدم جواز دفع الرهن الى الراهن بموت العدل ، كان حكم الفرع كذلك فلا يجوز دفعه الى المرتهن لموت العدل أيضا لذلك .

(٦) أى الحاكم .

(٧) أى لا يدفع أيضا الى المرتهن .

لان النائب يقوم مقام المنوب عنه ، فما لا يجوز للاصيل ان يفعله ، لا يجوز للنائب أن يفعله أيضا .

والجامع فى القياس المذكور هو النيابة عن العدل فى كل من الاصل وهو العدل والفرع وهو الحاكم .

ولما كان حكم الاصل عدم جواز دفعه الرهن للمرتهن ، كان حكم الفرع كذلك فلا يدفعه الحاكم له أيضا لذلك .

(٨) أى وقد رضى وضعه هنا على يد المرتهن .

(٩) حيث يجوز للحاكم دفع الرهن اليه قطعا اذا كان عدلا .

بجامع رضى الحاكم بوضع الرهن على يده ، فى كل من الاصل وهو الأجنبى والفرع وهو المرتهن .

=

قلنا : الاجنبي يقبض لهما (١٠)، فهو كالعدل (١١)، والمرتهن يقبض لنفسه فهو كالراهن (١٢).

* مسألة (١٢٦) : اذا شرط في البيع رهن عبد مرتد ، فرهنه ثم قتل بالردة ، لم يثبت للمرتهن الخيار في فسخ البيع في أصح الوجهين (١). ٣/١٥٣ى.

= ولما كان حكم الاصل جواز دفع الرهن الى الأجنبي اذا رضيه الحاكم ، كان حكم الفرع كذلك فيجوز دفع الرهن الى المرتهن اذا رضيه الحاكم أيضا لذلك .

(١٠) أي للراهن والمرتهن .

(١١) في انه يقبض لهما لا لنفسه ، فجاز دفع الرهن له بعد موت العدل الأول .
بجامع القبض للراهن والمرتهن في كل من الاصل وهو العدل والفرع وهو الأجنبي .
ولما كان حكم الاصل جواز دفع الرهن للعدل كان حكم الفرع كذلك فيجوز دفعه للأجنبي أيضا لذلك .

(١٢) حيث لا يجوز دفع الرهن اليه .
بجامع القبض لنفسه في كل من الاصل وهو الراهن والفرع وهو المرتهن .
ولما كان حكم الاصل بطلان دفع الرهن للراهن كان حكم الفرع كذلك فلا يصح دفع الرهن للمرتهن أيضا لذلك .
فبطل أن يقاس دفع الرهن للمرتهن على دفعه للأجنبي للفارق المذكور بينهما .

(١) صورة المسألة: أن يكون المرتهن هو عين البائع ، وانما طلب الرهن ضمانا للثمن من المشتري .
قال في المنهاج ص ٤٨ : ولو قتل - أي العبد المبيع - بردة سابقة - على القبض - ضمنه البائع في الاصح . أهـ أي بجميع الثمن ، لان قتله لتقدم سببه كالمتقدم ، فينفسخ البيع فيه قبيل القتل ، ووجه القول بعدم الضمان: أن القتل بالردة عيب يثبت به الارش ، وهو ما بين قيمته مستحق القتل وغير مستحقه من الثمن ، فان كان المشتري عالما بالحال فلاشئ له جزما ، أنظر شرح المحلي جـ٢ ص١٩٩ . =

وقال أبو حنيفة : له الخيار.(٢)

لنا : هو أنه نقص(٣) لا يمنع صحة الرهن ، رضى به المرتهن ، فسقط حكمه(٤) ، كالمرض(٥) .

= وذكر في المختصر ص ٩٥ القول الثاني أعني مقابل الاصح ، فقال : ويجوز رهن العبد المرتد والقاتل ، فان قتل بطل الرهن . أهـ .

قلت : وضمان البائع على مافي المنهاج ، معناه عدم ثبوت الخيار له - وهو المرتهن على مافي مسألتنا - في فسخ البيع.

(٢) لم أجده في مظانه عندهم.

وهو قول الحنابلة ، فاما ان يفسخ أو يأخذ ارش فقد الصفة.

أنظر : شرح المنتهى جـ٢ ص ١٦٠ والتي تليها . كشاف القناع جـ٣ص١٧٧ والتي تليها .

المقنع ص ١٠١ .

ولم أجد قول المالكية ولا ابن حزم .

(٣) أي وصف الردة القائم في العبد المرهون .

(٤) وهو خيار الفسخ .

(٥) حيث يصح البيع بشرط رهن العبد المريض اذا رضى به المرتهن ولا يفسخ العقد بموته .

بجامع ان كلا نقص لا يمنع صحة الرهن رضى به المرتهن ، أما الاصل فهو رهن العبد المريض ، واما الفرع فهو رهن العبد المرتد .

ولما كان حكم الاصل عدم ثبوت خيار الفسخ للمرتهن بموت العبد المريض، كان حكم الفرع كذلك فلا يثبت للمرتهن خيار فسخ البيع بقتل العبد بالردة أيضا لذلك .

قالوا : القتل(٦) حصل(٧) بسبب(٨) كان في حال العقد فصار كالموجود عند السبب(٩)، فثبت له الخيار كالاستحقاق(١٠) .

قلنا : الا أنه يسقط(١١) حكمه بالرضا بسببه(١٢)، فان الرضا بالسبب رضا بما يفضي اليه(١٣)، اذا سقط حكمه(١٤) لم يلحق القتل به ، ويخالف الاستحقاق

---

(٦) أي بالردة .

(٧) في نسخة ((ب)) : زيادة وهي قوله : قالوا : الموت بالمرض حصل بتزايده ، بخلاف القتل بالردة فانه حصل ... الخ .

(٨) وهو وصف الردة .

(٩) أي فصار القتل كالموجود عند عقد الرهن .

(١٠) حيث يثبت له الخيار فيما لو ارتهن عبدا فخرج مستحقا للغير.
بجامع ان كلا معنى قائم في المرهون وقت العقد ، اما الاصل فهو الاستحقاق ، واما الفرع فهو الردة ،
ولما كان حكم الاصل ثبوت خيار الفسخ للمرتهن بخروج المرهون مستحقا للغير .
كان حكم الفرع كذلك فيثبت الخيار للمرتهن بقتل العبد المرهون بالردة أيضا لذلك .

(١١) في نسخة ((ب)) : سقط.

(١٢) أي في رهن العبد المرتد .

(١٣) وهو القتل بالردة .
وفي نسخة ((ب)) : بما يفضي اليه السبب ، فاذا سقط ..الخ .

(١٤) وهو اقامة حد الردة .

فانه دلس به الراهن ، ولم يرض به المرتهن ، فلحق بحال السبب،[١٥] كما لو قتل بردة لم يعلم بها،[١٦] وها هنا[١٧] رضى به المرتهن فسقط حكمه،[١٨] كما لو أخبره ان العبد لغيره ، ثم استحق.[١٩]

* مسألة (١٢٧) : اذا شرط في الرهن شرطا فاسدا ينقص به حق المرتهن،[١] فسد الرهن وان كان زيادة في حقه،[٢] ففيه قولان[٣] ./١٥٣ش.

---

(١٥) وهو ثبوت خيار العيب فيه .

(١٦) في نسخة ((ب)) : به ./ حيث يثبت له الخيار بذلك .
بجامع حصول التدليس من الراهن في كل من الاصل وهو مالو قتل المرهون بردة لم يعلم بها المرتهن ، والفرع وهو الاستحقاق ، وهو مالو اطلع على عيب في الرهن لم يعلم به .
ولما كان حكم الاصل ثبوت الخيار فيما لو قتل المرهون بردة لم يعلم بها المرتهن ، كان حكم الفرع كذلك فيثبت الخيار بالاستحقاق أيضا لذلك .

(١٧) أي فيما لو قتل العبد المرهون بردة قد علم بها المرتهن ورضى .

(١٨) وهو خيار العيب ، لرضاه به .

(١٩) بالبناء للمجهول ، أي العبد ، بان طلبه صاحبه واثبت ان له يدا عليه .

(١) كأن يشترط الراهن عليه أن لا يبيع المرهون عند حلول الاجل ، أو ان لا يباع ما خيف تلفه مما يسرع اليه الفساد ، أو شرط بيعه بأي ثمن كان أو لا يبيعه الا بما يرضيه ، أو ان لا يستوفي الدين من ثمنه . أو شرط ان يكون الرهن بيد الراهن ، أو ان لا يكون العقد لازما للراهن ، ونحو ذلك .

(٢) كأن يشترط المرتهن على الراهن الانتفاع بالرهن ، أو ان جاءه الراهن بالرهن في المحل ، والا فالرهن له .

(٣) اظهرهما فساد الرهن به أيضا . أنظر المنهاج ص٥٤ . المختصر ص١٠٠ . الام جـ٣ ص١٥٦ .
وببطلانه يقول المالكية أيضا : الشرح الصغير جـ٢ص١١٢ . الجواهر جـ٢ص٨٠ =

وقال أبو حنيفة : لا يفســـد .(٤)

لنا : انه شرط فاسد قارن(٥) عقد الرهن فأفسده ، كما لو شرط أن يكـــون يوما في يده ويوما لا .(٦)

قالوا : عقد من شرط لزومه القبض ، فلم يبطل بالشرط الفاسد ، كما لو قال : اعمرتك(٧) داري حياتك ، فاذا(٨) مت رجعت الي .(٩)

= شرح المنح جـ٣ ص٦٨ وببطلان العقد ببطلان الشرط يقول ابن حزم . أنظر المحلى جـ٩ ص٤٠٤ .

(٤) لم أجده في مظانه عندهم .

وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى جـ٢ ص٢٤١ . كشاف القناع جـ٣ ص٣٣٨ . وذكر في المغني جـ٤ ص٢٨٧ عن القاضي قوله : يحتمل ان يفسد الرهن بها بكل حال . ثم قال ابن قدامة : وقيل ما ينقص حق المرتهن يبطله ، وجها واحدا ، وما لا فعلى وجهين ، وهذا مذهب الشافعي . أهـ .

(٥) في نسخة ((ب)) : فارق . / وهو تحريف .

(٦) حيث يفسد الرهن به لمنافاته لعقد الرهن ، فانه يوجب استمرار يد المرتهن عليه حتى الوفاء عند المحل .

بجامع ان كلا شرط فاسد قارن عقد الرهن ، اما الاصل فهو مالو شرط أن يكون الرهن يوما في يده ويوما لا ، واما الفرع فهو مالو شرط شرطا ينقص به حـــق المرتهن أو يزيد في حقه .

ولما كان حكم الاصل هو بطلان الرهن لبطلان الشرط فيه ، كان حكـــم الفرع كذلك فيبطل الرهن لبطلان الشرط المذكور فيه أيضا لذلك .

(٧) في المختار ص٤٥٤ : اعمره دارا أو أرضا أو ابلا : أعطاه اياها ، وقـــال : هي لك عمري - أي مدة حياتي - أو عمرك ، فاذا مت - بفتح التاء - رجعـــت الي ، والاســـم : العمرى - مقصور كالعقبى - أهـ .

(٨) في نسخة ((ب)) : واذا .

(٩) حيث لا يصح اشتراط رجوعها اليه بالموت الا أن العقد لا يبطل بـــــه . =

قلنا : العمرى[١٠] تبطل بالشرط الفاسد ، وهو اذا قال : اعمرتك على أن لا تتصرف فيه ، وانما لا يبطل فيما قالوا[١١] لان ذلك شرط صحيح فى أحد القولين،[١٢] وفى الثانى انه شرط فاسد ،لكن[١٣] شرطه[١٤] على الورثة ، فلم يبطل العقد ، وهذا[١٥] شرط فاسد مع العاقد[١٦] فأبطله .

= بجامع ان كلا عقد من شرط لزومه القبض ، اما الاصل فالعمرى وهى قوله : اعمرتك دارى حياتك فاذا مت ـ بفتح المثناة ـ رجعت الى ، واما الفرع فالرهن .

ولما كان حكم الاصل عدم بطلان العمرى بقوله : فاذا مت ـ بفتح المثناة ـ رجعت الى كان حكم الفرع كذلك فلا يبطل الرهن باشتراط الراهن فى الرهن شرطا فاسدا ينقص من حق المرتهن أيضا لذلك .

(١٠) فى نسخة ((ب)) : قلنا : العمرة تبطل بالشروط الفاسدة .

(١١) وهو مالو قال : فاذا مت رجعت الىّ .

(١٢) وهو أصحهما . أنظر المنهاج ص ٨١ .

(١٣) سقط لفظ (لكن) من نسخة ((ب)) .

(١٤) على وزن قتله ، والفاعل هو المعمر .

(١٥) فى نسخة ((ب)) : هاهنا . / أى فى الرهن المشروط فيه شرط فاسد ينقص به حق المرتهن .

(١٦) أى لا مع الورثة ، اختلف الاصل عن الفرع فى ذلك ، ولا قياس مع الفارق .

* مسألة (١٢٨) : اذا شرط في البيع رهنا فاسدا لم يبطل في أحد القولين (١) ٥٣/٠٢ ش.

وقال أبو حنيفة : يبطل (٢).

---

(١) كأن يرهنه مجهولا ،كأحد العبدين ،أو خمرا ، ونحو ذلك ،فان البيع لا يبطل بهذا الشرط ، في الصحيح ،وحكى امام الحرمين والرافعي وغيرهما قولا غريبا ، حكاه أبوثور عن الشافعي أن البيع لا يفسد بالشروط الفاسدة بحال ،بل يلغو الشرط ويصح البيع، قال النووي: وهذا ضعيف . أهـ . المجموع جـ٩ ص ٣٦٤ في البيوع .

وأنظر حكاية الرافعي لهذا القول في فتح العزيز جـ٨ ص٢١٠ والتي تليها .

(٢) المنصوص عليه عندهم أن العقد فاسد ،وبين الفساد والبطلان عندهم فرق ، فان الفاسد من العقود ماكان منها ممنوعا بوصف تعلق به ، والباطل منها ماكان ممنوعا بأصله ،والرهن الفاسد هنا ،كأن يرهنه مجهولا ، انما فسد لوصف الجهالة فيه ،فلو ان المشترى أوفى البائع الثمن صح العقد ، لزوال المفسد به .

أنظر : المبسوط جـ١٣ ص ١٨.

وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى جـ٢ ص١٦٤ . كشاف القناع جـ٣ ص ١٨٣.

وذكر في المغني جـ٤ ص ١٧١ رواية أخرى انه لا يبطل به .

وللمالكية تفصيل في صحة البيع بالشرط : أولا ، فان كان الشرط يؤدى الى التحجير على المشترى بطل الشرط والبيع ، كأن يشترط عليه أن لا يبيع، ولا يهب ، بطل الشرط والبيع .

ثانيا : وان كان الشرط يؤدى الى منفعة البائع كركوب الدابة أو سكنى الدار مدة معلومة جاز الشرط والبيع ،

ثالثا : وان كان البائع شرط عليه مالا يجوز الا أنه خفيف الضرر جاز البيع وبطل الشرط ،كأن يقول ان لم تأت بالثمن الى ثلاث فلا بيع بيننا . أنظر القوانين ص ٢٨٥ . وشرط الرهن الفاسد في البيع يؤدى الى التحجير =

لنـــا : هو انه(٣) عقد مشروط فى عقد(٤)، ففساده لا يفيد(٥) فساد المشروط فيـــه، كالصداق(٦).

قالوا : شرط فاسد فى البيع، فبطل به ،كالاجل والخيار(٧).

= على المشترى ، لان البيع لا يتم الا بتمام المشروط ، والمشروط لا يـــتم لفسادة فيؤدى ذلك الى ماذكرنا ، فيبطل العقد المذكور عندهم أيضـــا لذلك ، والله أعلم .

وببطلانه يقول ابن حزم أيضا ،أنظر المحلى جـ٩ ص ٤٠٤.

(٣) أى الرهن الفاسد .

(٤) وهو البيع.

(٥) فى نسخة ((ب)) : لا يوجب .

(٦) حيث لا يفسد النكاح بفساده .

بجامع ان كلا عقد مشروط فى عقد ، اما الاصل فهو الصداق فى النكـــاح ، واما الفرع فهو الرهن فى البيع.

ولما كان حكم الاصل عدم فساد عقد النكاح بفساد الصداق ، كان حكـــم الفرع كذلك فلا يفسد البيع بفساد الرهن أيضا لذلك .

(٧) حيث يبطل البيع باشتراط الاجل أو الخيار المجهولين .

بجامع ان كلا شرط فاسد فى البيـــع ، اما الاصل فهو شرط الخيـــــار أو الاجل المجهولين ، واما الفرع فهو شرط الرهن الفاسد فى البيع.

ولما كان حكم الاصل بطلان البيع اذا شرط فيه أجل وخيار مجهولـــين ، كان حكم الفرع كذلك فيبطل البيع اذا شرط فيه رهن فاســـد أيضـــا لذلك .

قلنا : ذلك[8] صفة فى العقد ، فهو كشرط المتعة[9] ، وهذا[10] عقد منفرد فهو كالصداق الفاسد[11] .

* مسألة (١٢٩) : الرهن أمانة[1] ./١٥٣ش.

---

(٨) أى الاجل والخيار.

(٩) وهى النكاح الى اجل ، بان يتزوجها الى شهر مثلا
حيث يبطل النكاح باشتراطه فى العقد .
بجامع ان كلا صفة فى ذات العقد ، اما الاصل فهو المتعة فى النكاح ،
واما الفرع فهو الاجل والخيار .
ولما كان حكم الاصل بطلان عقد النكاح باشتراط المتعة فيه ، كان حكم
الفرع كذلك فيبطل عقد البيع بشرط الرهن الفاسد فيه أيضا لذلك .

(١٠) أى شرط الرهن فى البيع.

(١١) حيث لا يبطل به عقد النكاح بل يصح ويثبت لها مهر المثل .
بجامع ان كلا عقد منفرد ، اما الاصل فهو الصداق فى عقد النكاح ، واما
الفرع فهو الرهن فى عقد البيع.
ولما كان حكم الاصل هو عدم بطلان عقد النكاح بفساد الصداق ، كان
حكم الفرع كذلك فلا يبطل البيع بالشرط الفاسد فى الرهن أيضا لذلك .
والمقصود : اثبات ان بين الاصل والفرع فارقا فى قياسهم المذكور، فيبطل به .

(١) أى مضمون ضمان الامانات عند التلف ، فاذا قصر المرتهن أو تعدى
فى حفظه فهلك به الرهن كان ضامنا له بالمثل ان كان مثليا وبالقيمة
ان كان قيميا بان كان لا مثل له من جنسه . كالوديعة والعارية . ولا يسقط
بتلفه شئ من الدين .
وأنظر المسألة فى : الام ج٣ص١٨٧ . فتح العزيز ج١٠ص١٣٨ . المنهاج
ص٥٦ . وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى ج٢ص٢٣٣ . كشاف القناع ج٣
ص٣٢٨ . المغنى ج٤ص٢٩٧ .
ولم أقف على قول ابن حزم .

وقال أبو حنيفة : هو (٢) مضمون بأقل الامرين من قيمته ،أو قدر الدين (٣).

لنا : ماروى أبو هريرة (٤) أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : (لا يغلق الرهن ، الرهن من صاحبه الذى رهنه ،له غنمه وعليه غرمه) (٥) وقوله من صاحبه أى من ضمانه (٦).

---

(٢) سقط لفظ (هو) من نسخة ((ب)) .

(٣) شرح معانى الاثار جـ٤ ص ١٠٤ . المبسوط جـ٢١ ص٦٤ .اى فاذا هلك سقط الدين عن الراهن ،
وفرق المالكية بين ما يغاب عليه كحلى وسلاح وثياب وكتب ونحو ذلك فيضمنه المرتهن بالهلاك ،وما لا يغاب عليه فلا يضمن كحيوان وعقار.
أنظر: الشرح الكبير جـ٣ ص ٢٥٣ . الشرح الصغير جـ٢ ص ١٢١ .البداية جـ٢ ص٣٠٠ .

(٤) أنظر ترجمته فى المسألة رقم (٣١) هامش (٨) .

(٥) الحديث رواه الشافعى فى الأم جـ٣ ص ١٦٧ . من طريق ابن أبى فديك عن ابن أبى ذئب عن ابن شهاب عن ابن المسيب مرفوعا بلفظ المصنف.
ورواه عبد الرزاق فى المصنف جـ٨ ص ٢٣٧ رقم / ١٥٠٣٣ عن معمر عن الزهرى عن ابن المسيب مرفوعا : لا يغلق الرهن ممن رهنه .أهـ
ورواه أيضا من طريق الثورى عن ابن أبى ذئب عن الزهرى عن ابن المسيب مرفوعا : لا يغلق الرهن ممن رهنه ،له غنمه وعليه غرمه . أهـ . رقم/ ١٥٠٣٤
قال ابن حجر: صحح أبو داود والبزار والدارقطنى وابن القطان ارساله ، وله طرق فى الدارقطنى والبيهقى ،كلها ضعيفة ،وصحح ابن عبد البر وعبد الحق وصله .أهـ تلخيص الحبير جـ٣ ص ٣٦ .
وسيأتى معنى الحديث فى الهامش رقم (١٠) .

(٦) أى فدل على أنه امانة عند المرتهن ،فاذا هلك هلك على الراهن وبقى حق المرتهن فى الدين فلا يسقط دينه بهلاكه .

فان قيل : لعله أراد به ملك لصاحبه (٧) .

قيل : لو أراد ذلك لقال : لصاحبه (٨) ، ولان ذاك (٩) عرف من قوله : لا يغلق (١٠) الرهن ، ولانه جعل غرمه عليه (١١) ، والغرم العطب (١٢) .

فان قيل : لعله أراد به (١٣) دينه .

قلنا : ذاك لا يحتاج الى البيان ، لان الدين لا يجوز ان يكون على غير الراهن (١٤) ، ولانه قابله بالغنم ، وهو الزيادة ، ولانا (١٥) نحمله على الجمع (١٦) ، ولانه وثيقة

---

(٧) بمعنى انه أراد تقرير الحال ، وان الرهن لا تزول الملكية عنه بالارتهان .

(٨) أى بدلا من قوله : من صاحبه . لان اللام أدل على التمليك بل هي المستعملة فيه .

(٩) فى نسخة ((ب)) : ذلك . / والاشارة الى ملكية الرهن .

(١٠) فى النهاية جـ٣ ص ٣٧٩ : يقال غلق الرهن يغلق غلوقا ، اذا بقى فى يد المرتهن لا يقدر راهنه على تخليصه ، والمعنى انه لا يستحقه المرتهن اذا لم يستفكه صاحبه . وكان هذا من فعل الجاهلية : ان الراهن اذا لم يؤد ماعليه فى الوقت المعين ، ملك المرتهن الرهن فابطله الاسلام . أهـ وقد ذكر هذا المعنى أيضا محمد بن الحسن الشيبانى فى الموطأ ص ٣٠٢ ، رقم / ٨٤٨ .

(١١) أى على الراهن .

(١٢) والعطب الهلاك ، وبابه طرب ، والمعاطب المهالك ، واحدها معطب كمذهب . أهـ المختار ص ٤٣٩ .

أى فاذ كان الغرم على المالك دل على أن ملكه لم يزل عنه بالرهن .

(١٣) سقط لفظ (به) من نسخة ((ب)) . / والضمير عائد الى الغرم .

(١٤) فى نسخة ((ب)) : لا يحتاج أن يكون على غير المرتهن . / وهو خطأ .

(١٥) فى نسخة ((ب)) : فلا نحمله على الجميع . / وهو خطأ .

(١٦) أى على جمع الامرين الغنم والغرم فى جهة واحدة وهى جهة الراهن .

بدين ، ليس بعوض منها ، فلم يسقط الحق بهلاكه ، كالشهادة والضمان[١٧] ، ولانه[١٨] مقبوض عن عقد واحد بعضه امانة[١٩] ، فكان جميعه امانة ، كالمقبوض عن الوديعة أو الشركة[٢٠][٢١] ، ولان ما أمسكه[٢٢] بالرهن لم يضمنه بحكم الرهن ، كالحمل الموجود حال الرهن[٢٣] ، ولانه أحد محلى حق المرتهن ،

---

(١٧) حيث لا يسقط الحق بهلاك الشهود وفى الضمان لا يسقط بهلاك الضامن .
بجامع ان كلا وثيقة بدين ليس بعوض منها ، اما الاصل فهو الشهادة والضمان وهو الكفالة . واما الفرع فهو الرهن .
ولما كان حكم الاصل عدم سقوط الحق بهلاك الشهود وهلاك الضامن ، كان حكم الفرع كذلك فلا يسقط دين الراهن بهلاك الرهن أيضا لذلك .

(١٨) أى الرهن .

(١٩) وهو ما يقابل الدين من قيمة الرهن ، فان المرتهن غالبا لا يأخذ الرهن الا اذا كان أكثر قيمة من دينه لئلا تنقص قيمته قبل المحل فيذهب عنه بعض حقه .

(٢٠) فى نسخة ((ب)) : والشركة . / بلا همزة .

(٢١) حيث يكون كله امانة عند الوديع أو الشريك .
بجامع ان كلا مقبوض عن عقد واحد بعضه امانة ، اما الاصل فالمقبوض عن الوديعة والشركة . واما الفرع فالمقبوض عن الدين وهو الرهن .
ولما كان حكم الاصل كون جميع المقبوض فيه أمانة ، كان حكم الفرع كذلك فيكون جميع الرهن امانة أيضا لذلك .

(٢٢) أى المرتهن .

(٢٣) حيث لو تلف ، لا يضمنه بحكم الرهن أى بالاثر المترتب عليه .
بجامع الامساك بالرهن فى كل من الاصل وهو الحمل الموجود حال الرهن ، والفرع وهو المرهون .
ولما كان حكم الاصل هو عدم ضمان الحمل الموجود حال الرهن بحكم الرهن ، كان حكم الفرع كذلك فلا يضمن المرهون بحكم الرهن أيضا لذلك .

فلا يسقط (٢٤) بتلفه الحق الذى ثبت باصل العقد ، كالصداق (٢٥) ، ولانه لو كان مضمونا لضمن فاسده (٢٦) ، وقد قالوا ان الرهن (٢٧) المأخوذ فى العهدة (٢٨) لا يضمن فدل على أنه غير مضمون .

---

(٢٤) فى نسخة ((ب)) : فلا يسقط كالصداق . / فيه سقط والصحيح مافى الاصل .
ومحلا حق المرتهن هما : الرهن وذمة الراهن ومحلا حق المرأة : المهر، وذمة الزوج .
فاذا هلك الرهن أو المهر المعين ، تعلق الحق بذمة الراهن وذمة الزوج بوجوب مهر المثل عليه .

(٢٥) حيث لا يسقط المهر بتلفه بل يثبت لها مهر المثل .
بجامع ان كلا أحد محلى الحق ، اما الاصل فهو الصداق ، واما الفرع فهو الرهن ،
ولما كان حكم الاصل هو عدم سقوط الصداق بتلفه ، كان حكم الفرع كذلك فلا يسقط الرهن بتلف المرهون أيضا لذلك .
أى فدل عدم سقوطه بتلفه على أنه امانة .

(٢٦) كما لو رهنه خمرا فتلف ، حيث لا يضمن على المرتهن ، لانه رهن فاسد ، لكون الخمر ليست بمال ، فلا يمكن بيعها والاستيفاء من ثمنها عند المحل .

(٢٧) فى الاصل : ان المرتهن . / وهو تحريف . الا أن يحمل على اسم المفعول .

(٢٨) أى فى دين لم يجب بعد ، كما لو قال : اشتر لى كذا بعشرة دنانير واعطاه رهنا بتلك العشر التى هى الثمن ، فان الثمن لم يجب بعد ، لعدم حصول البيع ، وهو هنا انما يرهنه على العهدة خوف أن يخرج الثمن مستحقا ، فيلزم الوكيل فى الشراء ضمانه للبائع.
وانما لم يقولوا بضمان الرهن المأخوذ على العهدة لانه رهن فاسد ، لأنه ضمان مالم يجب .

احتجوا : بما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : (الرهن بما فيه) .(٢٩)

قلنا : قال الدارقطني : يرويه اسماعيل بن أبي أمية ، وهو يضع الحديث ،(٣٠) ثم يحتمل انه أراد به(٣١) مضمون بما فيه ، ويحتمل انه محبوس بما فيه ، أو مبيع بما فيه ، فوجب التوقف .(٣٢)

---

(٢٩) الحديث رواه الدارقطني جـ٣ ص ٣٢ كتاب البيوع ، رقم/١٢٤ عن أنس مرفوعا من طريق اسماعيل بن أبي أمية - أخبرنا حماد بن سلمة عن قتادة عن أنس . ثم قال : اسماعيل هذا يضع الحديث . وهذا باطل عن قتادة وعن حماد بن سلمة . أهـ
ورواه أيضا من طريق هشام بن زياد عن حميد عن أنس مرفوعا ، ثم قال : لا يثبت هذا عن حميد ، وكل من بينه وبين شيخنا ضعفاء . أهـ رقم/١٢٣ .
وأنظر قول الزيلعي في رجال سند الدارقطني هذا حيث نقل عن أبي حاتم وابن معين والنسائي وابن حبان تضعيفهم رجال هذا الحديث ، وكذا الحديث الأول . أنظر النصب جـ٤ ص ٣٢١ .
قال ابن حجر : وأخرج - أي أبو داود في المراسيل - عن أبي الزناد قال : ان ناسا يوهمون في قول النبي صلى الله عليه وسلم : الرهن بما فيه اذا كان هلك ، وانما قال ذلك في ما أخبر الثقة من الفقهاء ، اذا هلك وعميت قيمته . أهـ . الدراية جـ٢ ص ٢٥٨ رقم/١٠٠٣ .

(٣٠) أنظر سنن الدارقطني جـ٣ ص ٣٢ البيوع . رقم الحديث/١٢٤ .
وأنظر ترجمته الدارقطني في المسألة رقم (١) هامش (٢٨) .

(٣١) سقط لفظ (به) من نسخة ((ب)) .

(٣٢) لان الدليل اذا دخله الاحتمال ، بطل به الاستدلال ، حتى يترجح أحد الاحتمالات بمرجح خارج عنه ، ولا مرجح هاهنا فوجب التوقف .

قالوا : روى ان رجلا رهن فرسا له فنفق عند المرتهن (٣٣) ، فقال له النبى صلى الله عليه وسلم (ذهب حقك) (٣٤) .

قلنا : يرويه (٣٥) عطاء عن النبى صلى الله عليه وسلم وهو مرسل (٣٦) ، ولانه يحتمل :

---

(٣٣) أى مات عنده ، من باب دخل . أنظر المختار ص ٦٧٣ .

(٣٤) زاد فى نسخة ((ب)) : من الوثيقة .
والحديث رواه أبو داود فى المراسيل من طريق عطاء ، وأخرجه ابن أبى شيبة أيضا مرسلا . أنظر الدراية جـ٢ ص ٢٥٧ رقم / ١٠٠٢ .
ونقل الزيلعى عن عبد الحق قوله : هو مرسل وضعيف ، قال : وقال ابن القطان فى كتابه : ومصعب بن ثابت بن عبد الله بن الزبير ضعيف كثير الغلط ، وان كان صدوقا ، أهـ النصب جـ٤ ص ٣٢١ .
وقد سلم الطحاوى بأنه منقطع الاسناد . أنظر شرح معانى الاثار جـ٤ ص ١٠٢ .
ومعناه : ان الدين ذهب على المرتهن بهلاك الفرس عنده ، ولو كان لمانة عنده لما ذهب عليه دينه ، فصح ان الرهن مضمون على المرتهن .

(٣٥) فى نسخة ((ب)) : قلنا : أراد فلا تطالب برهن آخر . / وفيه سقط .

(٣٦) أى فلا يعارض به حديث مسألتنا المتقدم ذكره هامش (٥) (لا يغلق الرهن) لان الموصول مقدم عند التعارض على المرسل .
وانما كان الحديث المذكور مرسلا ، لان عطاء تابعى .
وعطاء هو : ابن أبى رباح القرشى مولاهم ، يكنى بأبى محمد الجندى اليمانى ، نزيل مكة واحد الفقهاء الائمة ، روى عن عثمان وعتاب بن أسيد مرسلا ، وعن اسامة بن زيد ، وعائشة وأبى هريرة وام سلمة وعروة بن الزبير ، وغيرهم .
وروى عنه : أيوب وحبيب بن أبى ثابت وجعفر بن محمد وابن جريج وغيرهم .
قال ابن سعد : كان ثقة عالما كثير الحديث ، انتهت اليه الفتوى بمكة ، أهـ وقال أبو حنيفة : مالقيت افضل من عطاء أهـ . وقال ابن عباس وقد سئل عن شئ : يا أهل مكة تجتمعون على وعندكم عطاء ، أهـ قيل انه حج سبعين حجة .

=

ذهب حقك من الوثيقة ، فلا تطالب برهن آخر ، كما يطالب المؤجر بدابة أخرى اذا هلكت دابته ، وهذا اشبه (٣٧) ، لانه لو أراد الدين لما أطلق (٣٨) حتى يعرف مقدار الدين والرهن (٣٩) .

قالوا : محبوس في يده بعقد لاستيفاء مال ، فكان مضمونا (٤٠) ، كالبيع في يد البائع (٤١) .

= توفي سنة أربع عشرة ومائة . أنظر الخلاصة ص ٢٦٦ .
قال الذهبي : وقد كان - أي عطاء - صاحب ارسال ، قال يحيى القطان : مرسلات مجاهد أحب الينا من مرسلات عطاء بكثير ، كان عطاء يأخذ من كل ضرب . أهـ .
وقال أيضا : قال أحمد : ليس في المرسل اضعف من مرسل الحسن وعطاء ، كانا يأخذان عن كل أحد . أهـ . أنظر الميزان جـ٣ ص ٧٠ ، رقم / ٥٦٤٠ .

(٣٧) أي أقوى ، وأقرب الى الصواب من غيره .

(٣٨) أي في قوله : ذهب حقك .

(٣٩) فلعل أحدهما أن يكون أكثر من الاخر ، فتتعلق الزيادة في ذمة من عليه الحق ، ولا تسقط بتلف الاصل المرهون .

(٤٠) في نسخة ((ب)) : مضمونا عليه .

(٤١) حيث يكون مضمونا على البائع بالتلف ، اذا هلك قبل قبض المشترى .
بجامع ان كلا محبوس في يده بعقد لاستيفاء مال ، اما الاصل فهو المبيع في يد البائع ، واما الفرع فهو الرهن في يد المرتهن .
ولما كان حكم الاصل ضمان البائع للمبيع المحبوس في يده لاستيفاء الثمن ، كان حكم الفرع كذلك فيضمن المرتهن الرهن اذا هلك في يده أيضا لذلك .

قلنا : لا تأثير للوصف[٤٢] ، فانه مضمون في الاصل[٤٣] والفرع[٤٤] اذا قضاه الدين ، وان لم يكن محبوسا بالحق . ثم يبطل به اذا عجل الاجرة في الاجارة[٤٥] ، ثم تفاسخا ، وحبس العين بالاجرة[٤٦] ، والمبيع[٤٧] عوض[٤٨] عن الدين[٤٩] ، لا ينفرد عنه[٥٠] ، فاذا تلف[٥١] سقط ما في مقابلته[٥٢] ، وهذا[٥٣] وثيقة ليس

---

(٤٢) وهو العلة الجامعة المذكورة ، وهي قولهم : محبوس في يده بعقد لاستيفاء مال .
ومقتضاه انه اذا لم يكن محبوسا للاستيفاء بأن وفاه الحق لا يكون مضمونا ، والحال انه مضمون فلا تأثير للوصف .

(٤٣) وهو المبيع في يد البائع .

(٤٤) وهو الرهن في يد المرتهن ، حيث اذا قضاه الراهن الدين وبقي الرهن في يد المرتهن وهلك كان مضمونا عليه .

(٤٥) بأن سلمها للمؤجر قبل استيفاء المنفعة .

(٤٦) أي المستأجر .

(٤٧) بأن لم يردها الى صاحبها وهو المؤجر ، حتى يستعيد منه الاجرة ، حيث لا يضمن العين ان تلفت عنده ، مع كونه يحبسها في يده بعقد الاجارة لاستيفاء الاجرة .

(٤٨) أي الذي حبسه البائع بالثمن ، وهو الاصل المقيس عليه في قياسهم .

(٤٩) وهو ثمن المبيع.
وفي نسخة ((ب)) : عوض عن الثمن .

(٥٠) لانه مرتبط به ارتباط العوض بالمعوض .

(٥١) أي المبيع.

(٥٢) وهو الثمن .

(٥٣) أي الرهن .

بعوض ، فاذا تلف بقى الدين ، كالضمان،[٥٤] ولان بتلف المبيع[٥٥] ينفسخ البيع ولا يجوز أن يستحق الثمن مع انفساخ البيع ، وهاهنا[٥٦] لاينفسخ البيع بتلف الرهن[٥٧] فلم يسقط الثمن[٥٨] .

قالوا : قبض الرهن للاستيفاء ، ومن قبض شيئا لمعنى تلف على الوجه الذى قبضه ، كالقابض بالسوم[٥٩] .

---

(٥٤) حيث لا يسقط الدين بموت الكفيل ، أوالضامن .
بجامع ان كلا وثيقة ليس بعوض عن الدين ، اما الاصل فهو الضمان ، وأما الفرع فهو الرهن .
ولما كان حكم الاصل عدم سقوط الدين بموت الكفيل - وهو الضامن - كان حكم الفرع كذلك فلا يسقط الدين بتلف الرهن أيضا لذلك .

(٥٥) أى قبل قبضه .

(٥٦) أى فى الرهن .

(٥٧) أى فيما لو كان الرهن على الثمن مشروطا فى عقد البيع .

(٥٨) أى فبطل قياس حبس البائع المبيع لاستيفاء ثمنه على حبس الرهن لاستيفاء الدين للفارق المذكور .

(٥٩) حيث لو سام سلعة بأن سأل عن ثمنها وابدى الرغبة فى شرائها ثم قبضها قبل العقد ليعرضها على من يعرف جودتها فهلكت فى يده ، فانه يضمنها .
والسوم، هو عرض البائع السلعة للبيع وهو طلب المشترى من البائع بيع السلعة أيضا .
تقول سام السلعة يسومها سوما من باب قال . أنظر المصباح ج١ ص٣١٨ .
والجامع فى القياس المذكور هو ان كلا قبض للاستيفاء ، اما الاصل فهو القبض بالسوم ، واما الفرع فهو القبض بالرهن .
ولما كان حكم الاصل هو انفساخ البيع بهلاك المبيع فى يد المشترى فى مدة الخيار لانه قبضه على وجه السوم ، كان حكم الفرع كذلك فيكون الرهن مضمونا على المرتهن بحكم الرهن أيضا لذلك .

قلنا : المستأجر قبض العين لاستيفاء المنفعة ، ثم لا يتلف على ذلك الوجه(٦٠) ، والقابض بالسوم(٦١) قبض ليضمن بالثمن(٦٢) ، ثم لا يضمن بالثمن ، وانما يضمن بالبدل ، لانه قبضه على وجه البدل ، والمرتهن لم يقبض ليستوفى منه(٦٣) الحق ، بل قبضه ليباع(٦٤) ويدفع اليه العوض(٦٥) .

قالوا : حق يتعلق بالعين(٦٦) ، فسقط بهلاكه ، كأرش الجناية(٦٧) .

قلنا : ذاك(٦٨) يختص العين ، وهذا(٦٩) يتعلق بالعين والذمة ، فاذا فات العين بقيت الذمة(٧٠) .

---

(٦٠) أى على وجه الاستيفاء .

(٦١) فى نسخة ((ب)) : والقابض للسوم .

(٦٢) أى ليشتريه بالثمن .

(٦٣) سقط لفظ (منه) من نسخة ((ب)) : ٠/ أى من عين الرهن .

(٦٤) أى الرهن .

(٦٥) وهو الدين الذى له على الراهن .

(٦٦) فى نسخة ((ب)) : يتعلق بعين .

(٦٧) حيث يسقط بهلاك الجانى اذا كان رقيقا .

بجامع ان كلا حق يتعلق بالعين ، اما الاصل فهو ارش الجناية واما الفرع فهو الرهن .

ولما كان حكم الاصل هو سقوط الارش بفوات المحل ، كان حكم الفرع كذلك فيفسخ الرهن بهلاك المرهون أيضا لذلك .

(٦٨) أى الارش فى الجناية .

(٦٩) أى الرهن .

(٧٠) أى فيستوفى الحق منها .

فبطل قياس احدهما على الاخر للفارق المذكور .

قالوا : لو كان امانة لقبل قوله في الرد ، كالوديعة (٧١) .

قلنا : الوديعة أخذها لمنفعة المالك ، (٧٢) فقبل قوله في الرد (٧٣) ، وهذا (٧٤) أخذه (٧٥) لمنفعة نفسه . فلم يقبل قوله في الرد (٧٦) .

---

(٧١) حيث القول قوله - عند الاختلاف - في رد الوديعة الى المودع . أي والحال انه لا يقبل قوله في رد الرهن عند الاختلاف مع الراهن ، فدل ذلك على أن الرهن ليس أمانة .

(٧٢) فهو يحفظها لمصلحة غيره .

(٧٣) لانه غير متهم فيه .

(٧٤) أي الرهن .

(٧٥) سقط الضمير في (أخذه) من نسخة ((ب)) .

(٧٦) لمكان التهمة فيه .

أي وهذا فارق بين الاصل والفرع يبطل قياسهم المذكور .

= انتهى المجلد الثاني ، ويليه الثالث وأوله :

* مسائل التغليس *

جامعة أم القرى بمكة المكرمة
كلية الشريعة والدراسات الإسلامية
قسم الدراسات العليا الشرعية
فرع الفقه

النكت في المسائل المختلف فيها بين الشافعي وأبي حنيفة

للشيخ أبي إسحاق إبراهيم بن علي الشيرازي المتوفى سنة ٤٧٦ هـ

تحقيق ودراسة قسم المعاملات

رسالة مقدمة إلى قسم الدراسات العليا الشرعية لنيل درجة التخصص الثانية (الدكتوراه) في الفقه المقارن

إعداد الطالب: زكريا عبد الرزاق المصري

إشراف الدكتور: محمود عبد الدائم علي رئيس فرع الفقه

المحرم سنة ١٤٠٥ هـ

المجلد الثالث

" مسـائل التفليـس " (*)

* مسألة (١٣٠) : اذا افلس المشترى بالثمن ووجد البائع عين ماله فهو احق به (١). /١٥٤ ى

(*) التفليس تفعيل من الفلس، بفتحتين، وهو عدم النيل، من أفلس اذا لم يبق له مال، كأنما صارت دراهمه فلوسا أو زيوفا، أو صار بحيث يقال له: معه فلس بفتح فسكون، ويجمع على أفلس جمع قلة، وجمع الكثرة: فلوس. وهي أخس الأموال. وفلسه القاضي بتشديد اللام، تفليسا، حكم بافلاسه، ونادى عليه به بين الناس. أنظر القاموس جـ٢ص ٢٣٩ . والمختار ص ٥١٠ .

زاد في المصباح جـ٢ص١٣٧ : وحقيقته - أى الافلاس - الانتقال من حالة اليسر الى حالة العسر. أهـ .

والتفليس شرعا : جعل الحاكم المديون مفلسا، بمنعه من التصرف فى ماله. أهـ مغنى المحتاج جـ٢ص ١٤٦ .

والمفلس هو: من عليه ديون حالة زائدة على ماله. أهـ المنهاج ص٥٧ .

والاصل فى مشروعية التفليس ما رواه الدارقطنى - كما قال ابن حجر، لكننى لم أجده فى السنن فلعله فى غيرها -

ان النبى صلى الله عليه وسلم حجر على معاذ وباع ماله فى دين كان عليه وقسمه بين غرمائه، فاصابهم خمسة اسباع حقوقهم، فقال لهم النبى صلى الله عليه وسلم: ليس لكم الا ذلك. أهـ فى التلخيص جـ٣ص٣٧ . قال ابن الطلاع فى الاحكام: هو حديث ثابت. أهـ.

وقد صحح الحاكم اسناده. أنظر المستدرك جـ٢ص٥٨ : صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه. أهـ

ورواه البيهقى جـ٦ص٤٨ باب الحجر على المفلس وبيع ماله فى ديونه، مطولا، عن كعب بن مالك عن أبيه قال: كان معاذ بن جبل رضى الله عنه شابا حليما سمحا من افضل شباب قومه، ولم يكن يمسك شيئا، فلم يزل يدان، حتى اغرق ماله كله فى الدين فأتى النبى صلى الله عليه وسلم فكلم غرماءه فلو تركوا أحدا من اجل أحد لتركوا معاذا من اجل رسول الله صلى الله عليه وسلم فباع لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم ماله حتى قام معاذ بغير شئ. أهـ.

ورواه البيهقى أيضا مختصرا بلفظ: ان النبى صلى الله عليه وسلم حجر على معاذ ابن جبل ماله وباعه فى دين كان عليه. أهـ .

ورواه أبو داود فى المراسيل وعبد الرزاق فى المصنف مرسلا عن معمر.

قال ابن حجر: قال عبد الحق: المرسل أصح من المتصل. أهـ التلخيص: جـ٣ ص ٣٧ .

(١) سواء مات المفلس أو بقى حيا فلغريمه أخذ ماله المعين. =

وقال أبو حنيفة : يكون اسوة الغرماء (٢).

لنا : ماروى أبو هريرة أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : (ايما رجل مات أو افلس فصاحب المتاع أحق بمتاعه اذا وجده بعينه) (٣).

= المختصر ص ١٠٢ . الام جـ٣ ص ١٩٩ . الوجيز جـ١ ص ١٧٢ .
وذهب الحنابلة الى أن له الحق فى أخذ عين ماله اذا كان المفلس حيا والا كان اسوة الغرماء . أنظر: شرح المنتهى جـ٢ ص ٢٧٩ . كشاف القناع جـ٣ ص ٤١٣ . المغنى جـ٤ ص ٣٠٧ و ص ٣٤١ .
وبه يقول المالكية : الشرح الصغير جـ٢ ص ١٣٥ . القوانين ص ٣٤٨ . المنتقى جـ٥ ص ٨٩ و ص ٩١ .
وبقول الشافعية فى التسوية بين الحالين أعنى مالو كان المفلس حيا أو ميتا . يقول ابن حزم أيضا ، الا أنه جعل له الخيار فى أن يأخذ حقه أو يدعه ويكون اسوة الغرماء . أنظر المحلى جـ٨ ص ٦٣٥ .

(٢) الهداية جـ٨ ص ٢٠٩ . التبيين جـ٥ ص ٢٠١ . مجمع الانهر جـ٢ ص ٤٤٣ .

(٣) أنظر ترجمة أبى هريرة فى المسألة رقم (٣١) هامش (٨) .
والحديث رواه أبو داود جـ٣ ص ٢٨٧ كتاب البيوع باب الرجل يفلس فيجد الرجل متاعه بعينه عنده .
رقم الحديث / ٣٥٢٣ بلفظ : عن عمر بن خلدة قال : اتينا أبا هريرة فى صاحب لنا افلس فقال : لاقضين فيكم بقضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم : من افلس أو مات فوجد رجل متاعه بعينه فهو أحق به . أهـ .
ورواه أيضا الشافعى فى الام جـ٣ ص ١٩٩ عنه بلفظه . قال فى الفتح جـ٥ ص ٦٤ وهو حديث حسن يحتج بمثله . أهـ
ورواه ابن ماجه جـ٢ ص ٧٩٠ كتاب الأحكام . باب من وجد متاعه بعينه عند رجل قد أفلس .
قال المنذرى : حكى عن أبى داود انه قال : من يأخذ بهذا ؟ وأبو المعتمر من هو ، لا يعرف . أهـ مختصر سنن أبى داود جـ٥ ص ١٧٧ رقم / ٣٣٨٠ .
قال ابن حجر : وأبو المعتمر قال أبو داود والطحاوى والمنذرى : هو =

فان قيل : البائع ليس بصاحب المتاع[٤] ، فيجب أن يكون المراد به المغصوب والعوارى اذا وجدها صاحبها ،كان أحق بها ، ونص على المفلس لينبه على أن فى غير المفلس أولى .

قلنا : أراد به البائع وسماه صاحب المتاع[٥] ، كما قال تعالى (واورثكم أرضهم وديارهم)[٦] وقال : (ولكم نصف ما ترك أزواجكم)[٧] والدليل عليه[٨] أنه شرط[٩] الافلاس

= مجهول . ولم يذكر ابن أبى حاتم له الا راويا واحدا وهو ابن أبى ذئب ، وذكره ابن حبان فى الثقات . . . وروى ابن حبان والدارقطنى وغيرهما من طريق الثورى فى حديث أبى بكر عن أبى هريرة اللفظ الذى ذكره المصنف - يعنى الرافعى - أهـ .

قلت : وهو لفظ المصنف عندنا أيضا . تلخيص الحبير جـ٣ ص٣٨ ، رقم/ ١٢٣٥ .

(٤) لانتقال ملكه عنه بالبيع الى المشترى .

(٥) لانه لازالت له علقة بالمبيع مالم يستوف الثمن ، فهو بائع باعتبار ما كان .

(٦) سورة الاحزاب آية/ ٢٧ .

وجه الدلالة : ان الارض أصبحت بتوريث الله اياها لبنى اسرائيل ملكا لهم ، ثم حين ذكرهم بهذه النعمة نسب الارض الى غيرهم ، باعتبار ما كانت عليه قبل التوريث .

(٧) سورة النساء . آية/ ١٢ .

وجه الدلالة : انه اطلق عليهم وصف الازواج اعتبارا لما كان عليه الحال قبل الموت .

(٨) أى على أنه أراد البائع .

(٩) بفتحتين ، أى شرط فى اعادة المال بعينه الى صاحبه وهو البائع أن يكون المشترى قد افلس .

وفيما قالوا لا يشترط (١٠) ولا يجوز أن يكون ذلك (١١) للتنبيه (١٢)، لان الافلاس يؤثر (١٣)
في الاستحقاق (١٤)، فلا يجوز أن ينبه به على حال اليسار، ولانه قال: أحق (١٥)،

---

(١٠) زاد في نسخة ((ب)): لا يشترط الافلاس.
بمعنى انه لا يشترط في رد المغصوب والعارية الى المالك، أن يكون قد
أفلس، بل ترد اليه بكل حال، مفلسا كان أو مليئا.

(١١) أي قوله: فصاحب المتاع.

(١٢) يعني قولهم: ونص على المفلس لينبه على أن في غير المفلس أولى.
والتنبيه: هو ما يسمى عند الاصوليين بفحوى الخطاب، وهو التنبية بالادنى
على الاعلى، كقول الله تعالى (ولا تقل لهما أف) الاسراء آية/١٧، فنبه
بالادنى وهو المنع من قول كلمة (أف) بمعنى التضجر، على الأعلى الذي هو
الضرب ونحوه من الايذاء.
ويسمى أيضا مفهوم الموافقة وهو اما مساو واما أولى، فالمساوى يسمى لحن
الخطاب والاولى يسمى فحوى الخطاب، وقد مثلنا للأولى، واما المساوى
فكالنهي عن أكل مال اليتيم فيلحق به اتلافه بتغريقه أو تحريقه ونحو ذلك في
المنع منه.
أنظر نزهة المشتاق ص ٦٥٤.

(١٣) من هنا الى قوله: حال اليسار، ساقط من نسخة ((ب)).

(١٤) لان الموسر لا يستحق عليه غرماؤه بيع ماله، لقدرته على الوفاء عند المحل،
فلا يقتضي النص على المفلس التنبيه على الموسر لذلك.

(١٥) أي بصيغة افعل التفضيل، وهو اسم مصوغ للدلالة على ان شئين اشتركا
في صفة. وزاد احدهما على الاخر فيها. هذا هو الاصل في استعماله
وان كان قد يأتي على غير بابه، كقوله (وهو أهون عليه) سورة الروم:
آية/٢٧ أي هين. أنظر معجم النحو ص١١ والتي تليها.

وهذا يقتضي أن يكون لغيره فيه حق ، وليس لغير المالك في المغصوب والعواري حق.[١٦] ولانه روى في بعض الالفاظ أن النبي صلى الله عليه وسلم (قضى في رجل مات أو افلس بأن صاحب المتاع أحق بمتاعه اذا وجده بعينه الا أن يترك وفاء[١٧]) . وهذا الاستثناء[١٨] لا يصح في الغصوب[١٩] والعواري[٢٠] ، وأيضا ماروى أبو هريرة

---

(١٦) لانه ملك خالص له انتقل الى غيره برضاه في العواري ، وبغيره في الغصب ، فلا يصح أن يكون هذا المعنى داخلا في قوله (فصاحب المتاع أحق بمتاعه) اذ لا مشارك له فيه كي يقدم هو على غيره في استحقاقه بخلاف المفلس حيث يشارك الغرماء صاحب المتاع في استحقاقه ، فقدم صاحبه وهو البائع ، عليهم فيه .

(١٧) في الفتح جه ص ٦٤ : أخرجه أيضا - يعني اصل الحديث بدون الزيادة المذكورة - أحمد وأبو داود وابن ماجه وصححه الحاكم ، وزاد بعضهم : الا أن يترك صاحبه وفاء . أهـ

ورواه الدارقطني جـ٣ ص ٢٩ كتاب البيوع رقم/ ١٠٦ قال في التعليق المغني عليه : قال أبو داود وابن المنذر : هو مجهول - يعني أحد رواة الحديث وهو ابو المعتمر - ولم يذكر له ابن أبي حاتم الا راويا واحدا ، وذكره ابن حبان في الثقات. أهـ . وقد وقع خطأ مطبعي في سياق الحديث في الدارقطني حيث لم يذكر اداة الاستثناء فيه فقال : اذا وجد بعينه ان يترك صاحبه وفاء . أهـ

(١٨) يعني قوله في الحديث : الا أن يترك وفاء .

(١٩) في نسخة ((ب)) : في المغصوب .

(٢٠) لان صاحبها أحق بها من غيره مطلقا . فدل على أن المراد به البائع .

ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : (من باع سلعة فأفلس صاحبها (٢١) فوجدها بعينها فهو أحق بها دون الغرماء (٢٢)) ولانه افلس بثمن مبيع وجد بصفته (٢٣) (٢٤) ، لم يتعلق به حق غيره ، فلم يكن البائع اسوة الغرماء (٢٥) ، كما قبل القبض (٢٦) ، ولانه معاوضة (٢٧) يلحقها الفسخ (٢٨) ، فجاز فسخها بالافلاس كالكتابة (٢٩)

---

(٢١) أى المشترى .

(٢٢) الحديث رواه الدارقطنى جـ٣ ص ٢٩ كتاب البيوع ، رقم / ١٠٨ .
ولم يتعقبه صاحب التعليق المغنى على الدارقطنى بشئ .
وجه الدلالة : ان قوله : دون الغرماء يبعد الغصوب والعوارى ان تكون هو المقصودة ، لان الغرماء لا يزاحمون أصحابها عليها قطعا .

(٢٣) أى المبيع .

(٢٤) أى التى كان عليها عند البيع بأن لم يتغير بزيادة أو نقص ولم يتعلق به حق للغير .

(٢٥) أى بل يقدم عليهم .

(٢٦) حيث لا يكون البائع فيه اسوة الغرماء .
بجامع الافلاس بثمن مبيع وجد بصفته لم يتعلق به حق غيره فى كل من الاصل وهو مالو أفلس المشترى قبل قبض السلعة والفرع وهو مالو افلس بعد القبض .
ولما كان حكم الاصل هو عدم كون البائع اسوة الغرماء اذا افلس قبل القبض كان حكم الفرع كذلك فلا يكون البائع اسوة الغرماء اذا افلس بعد القبض أيضا لذلك .

(٢٧) أى البيع .

(٢٨) أى بالعيوب والاقالة .

(٢٩) حيث يلحقها الفسخ بموت المكاتب قبل وفاء ما عليه من النجوم ، فجاز فسخها بافلاسه .
بجامع ان كلا معاوضة يلحقها الفسخ ، اما الاصل فهو كتابة العبد ، واما الفرع فهو البيع .
ولما كان حكم الاصل جواز فسخ الكتابة بافلاس العبد ، كان حكم الفرع كذلك =

ولانـــه عوض (٣٠) فى البيع فكان لتعذره تأثير فى الفسخ كالمبيع اذا ابق والمسلم فيه اذا انقطع (٣١).

قالوا : روى أبو هريرة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال (ايما امرىء هلك وعنده متاع امرئ بعينه قبض من ثمنه شيئا أو لم يقبضه ، فهو اسوة الغرماء (٣٢)) .

قلنا : يرويه اسماعيل بن عياش وهو مضطرب الحديث (٣٣) ، ثم نحمله عليـــه

= فيجوز فسخ البيع بالافلاس أيضا لذلك ، فتعود السلعة بالفسخ الى بائعها لا يشاركه فيها غيره من الغرماء .

(٣٠) أى الثمن .

(٣١) حيث يؤثر ذلك فى فسخ عقد البيع والسلم به .
بجامع ان كلا عوض فى البيع ، اما الاصل فهو العبد المبيع اذا هرب والمسلم فيه اذا انقطع ، واما الفرع فهو الثمن اذا تعذر تسليمه بسبب الافلاس.
ولما كان حكم الاصل فسخ عقد البيع بهروب العبد المبيع وعقد الســـلم بانقطاع المسلم فيه كان حكم الفرع كذلك فينفسخ عقد البيع اذا تعذر تسليم الثمن بالافلاس أيضا لذلك .

(٣٢) رواه أبو داود جـ٣ صـ٢٨٦ كتاب البيوع باب فى الرجل يفلس فيجد الرجل متاعه بعينه عنده ، رقم / ٣٥٢٢ ، ولفظه : وايما امرئ هلك وعنده متـــاع امرئ بعينه اقتضى منه شيئا أو لم يقتض فهو اسوة الغرماء .أهـ
قال المنذرى : وفى اسناده اسماعيل بن عياش ، وقد تكلم فيه غير واحـــد ، وقال الدارقطنى : ولا يثبت هذا عن الزهرى مسندا ، وانما هو مرســـل .أهـ مختصر سنن أبى داود جـ٥ ص ١٧٧ .

(٣٣) أى فيما يرويه عن غير الشاميين ، واما عنهم فحديثه صحيح ، ويكنى بأبـــى عتبة روى له أصحاب السنن الأربعة . أنظر ديوان الضعفاء ص٢٢ رقم / ٤٣١ .
روى عن شرحبيل بن مسلم ومحمد بن زياد الألهانى وغيرهما ، وعنه ســـفيان الثورى ومحمد بن اسحاق وهما من شيوخه أيضا وسعيد بن منصور وغيرهم . =

اذا اختار ذلك [٣٤]، أو [٣٥] اذا وفى المال [٣٦] بالديون [٣٧].

قالوا : محبوس [٣٨] في يده [٣٩] للاستيفاء اسقط حقه [٤٠] من الحبس فلم يكن له ان يرجع [٤١] بالافلاس [٤٢]، كما لو رد الرهن على الراهن [٤٣]، وكما لو وجد البائع عين ماله وهـــو

= قال البخاري : اذا حدث عن أهل بلده - يعني الشام - فصحيح، واذا حدث عن غيرهم ففيه نظر. وقريبا منه قال ابن المديني وابن معين . أنظـــر ميزان الاعتدال جـ١ ص ٢٤٠، رقم/ ٩٢٣.
ووصفه الدارقطني بالاضطراب مطلقا . أنظر سنن الدارقطني جـ٣ ص٣٠، وكتاب البيوع، رقم/ ١٠٩.
قلت : الا أن ابن عياش قد روى هذا الحديث عن شامي حمصي هو محمـــد ابن الوليد أبو الهذيل الحمصي الزبيدي، أنظر سنده عند أبي داود جـ٣، ص ٢٨٧ رقم/ ٣٥٢٢.
فيكون الحديث على هذا صحيحا لانه من رواية ابن عياش عن شامي والله أعلم.

(٣٤) أي اذا اختار البائع وهو صاحب السلعة أن يكون اسوة الغرماء بتنازلـه عن حقه في التقدم عليهم في أخذ السلعة .

(٣٥) في نسخة ((ب)) : واذا ./ بالواو بلا همز.

(٣٦) فاعل وفى .

(٣٧) أي فيكون صاحب السلعة اسوة الغرماء فيها .

(٣٨) أي مال المفلس محبوس، فهو صفة لموصوف محذوف.

(٣٩) أي في يد المشتري.

(٤٠) أي البائع .

(٤١) أي الى حبسه ثانية بعد ان اسقطه عنه، بل يكون كباقي الغرماء .

(٤٢) أي بسبب الافلاس.

(٤٣) حيث ليس له الرجوع بالرهن على الراهن بعد رده عليه، فيصير اســـوة الغرماء .

مرهون (٤٤)، أو باعه المشترى ورجع اليه (٤٥)، أو افلس ولم (٤٦) يحجر عليه (٤٧).

قلنا : الرهن ينفسخ بالرد فلا يبقى بينهما مايمسك به الرهن ، والبيع لا ينفسخ بتسليم المبيع ، فجاز له الفسخ بتعذر عوضه (٤٨)، واذا (٤٩) وجد العين مرهونا فقد وجده وقد تعلق به (٥٠) حق غيره ، فلم يملك الرجوع فيه ، كما لو (٥١) اسلم ثوبا فى الرطب ثم انقطع الرطب ، ووجد الثوب مرهونا (٥٢)، وهاهنا (٥٣) وجده ولم يتعلق

---

(٤٤) حيث لا يجوز له أخذه من المشترى ، لتعلق حق المرتهن به فيصير البائع هنا اسوة الغرماء أيضا .

(٤٥) الى المشترى ، لان ملك البائع انقطع عن المبيع ببيع المشترى المبيع من طرف ثالث .

(٤٦) فى نسخة ((ب)) : فلم .

(٤٧) بمعنى اذا افلس ولم يحجر عليه ورأى صاحب السلعة سلعته عنده بعينها فلا يجوز له أخذها منه حتى يحكم القاضى عليه بالحجر ، والا فهو كباقى الغرماء .

(٤٨) أى فبطل أن يقاس احدهما على الاخر للفارق المذكور.

(٤٩) فى نسخة ((ب)) : فاذا . / وهو خطأ لان المقام لا يقتضى الربط بالفاء ، اذ ليس لما بعدها صلة بما قبلها ، لان المصنف قد شرع فى الرد على قياس آخر لهم .

(٥٠) أى حالة تعلق حق الغير به .

(٥١) سقط حرف (لو) من نسخة ((ب)) .

(٥٢) حيث لا يجوز له استرجاع ذلك الثوب لتعلق حق المرتهن به .

(٥٣) أى فى حال افلاس المشترى ووجود السلعة عنده بعينها .

به حق غيره ، فهو كالثوب في السلم اذا وجده غير مرهون (٥٤) ، واذا وجده (٥٥) وقد باعه (٥٦) ورجع اليه (٥٧) ، ففيه وجهان (٥٨) ، وان سلم (٥٩) فلأن ذاك (٦٠) ملك لم يحصل له من

---

(٥٤) حيث يجوز له الرجوع فيه .

بجامع عدم تعلق حق الغير به ، في كل من الاصل وهو مالو اسلم ثوبا في الرطب ثم انقطع الرطب ووجد الثوب غير مرهون ، والفرع وهو مالو أفلس المشتري ووجد البائع سلعته عنده بعينها .

ولما كان حكم الاصل جواز أخذ الثوب المذكور كان حكم الفرع كذلك فيجوز أخذ السلعة المذكورة أيضا لذلك .

(٥٥) أي وجد البائع المشتري .

(٥٦) أي باع المبيع.

(٥٧) أي الى المشتري المذكور.

(٥٨) احدهما له الرد مطلقا سواء عاد اليه بالرد بعيب أم بغيره كالاقالة والهبة والشراء ،

وقيل : ان عاد اليه بغير الرد بعيب فلا رد أي وله الارش. أنظر شرح المحلي جـ٢ ص ٢٠٢ .

وأنظر المهذب جـ١ ص٣٢٣ .

(٥٩) أي على الوجه الذي يمنع من أخذ السلعة الراجعة الى المشتري بالتبايع.

(٦٠) في نسخة ((ب)) : ذلك ./ أي عود السلعة الى المشتري بعد ان باعها لغيره .

جهـــته[٦١] ، فلم يملك قطعه[٦٢] لحقـــه[٦٣] ، وهذا[٦٤] ملك حصل له من جهته[٦٥] ، فملـــك قطعه لحقـــه[٦٦] ، واما قبل الحجر فانه لا يعرف حقيقة الافلاس[٦٧] ، وبعد الحجر يعرف ذلك[٦٨] .

قالوا : لو كان الافـــلاس يثبت الخيار[٦٩] اذا طرأ ، لمنع[٧٠] صحة العقـــد اذا قارن[٧١] ، كاباق العبد وانقطاع الرطب فى السلم[٧٢] .

---

(٦١) أى من جهـة البائع الاول ، بل حصل من جهة طرف ثالث وهو المشـــترى الثانى .

(٦٢) أى قطع الملك الجديد الناشئ بشراء المشترى الاول السلعة من المشترى الثانى .

(٦٣) أى لتعلق حق البائع الاول فى السلعة .

(٦٤) أى فيما اذا وجد البائع سلعته بعينها عند المشترى اذا افلس.

(٦٥) وهو البائع الأول .

(٦٦) أى ففارق الفرع الاصل بذلك ، ولا قياس مع الفارق .

(٦٧) لتوقف الحكم عليه بالافلاس على حكم القاضى .

(٦٨) أى فيبطل قياس احدهما على الآخر .

(٦٩) أى فى فسخ البيع باسترداد السلعة من المفلس اذا كانت بعينها .

(٧٠) أى الافلاس.

(٧١) لعجزه عن تسليم الثمن فيه .

(٧٢) حيـــث يبطل العقد فى بيع العبد اذا ابق قبل التسليم وفى انقطـــاع الرطب عند المحل فى السلم .

والجامع فى القياس المذكور هو اقتران العقد بما يبطله فى كل من الأصل وهو مالو ابق العبد المبيع قبل التسليم وانقطاع الرطب المسلم فيه عنـــد المحل والفرع وهو اقتران الافلاس بالعقد .

ولما كان حكم الاصل بطلان عقد البيع والسلم المذكورين كان حكم الفـــرع كذلك فيبطل عقد البيع بالافلاس المقارن له أيضا لذلك .

أى والحال انه يجوز العقد مع المفلس ، فلا يثبت له الخيار فى فسخ البيـــع اذا طرأ عليه الافلاس بعد البيع.

قلنـــا : يبطل بافلاس المكاتب (٧٣) وبالعيب بالمبيع. (٧٤)

قالوا : لو كان بالافلاس يملك الفسخ اذا وجد عين ماله ، لملك وان لـم يجد عين ماله . (٧٥)

كما نقول : اذا انقطع المسلم فيه أو ابق العبد أو وجد بالمبيع عيبا . (٧٦)

قلنا : لان فى تلك المواضع (٧٧) يرجع الى بدل العين (٧٨) ، فيندفع عنــــه

---

(٧٣) أى اذا قارن ، بمعنى اذا افلس المكاتب قبل اتمام ماعليه من نجـــوم الكتابة لم ينفسخ عقد الكتابة به ، ولكن يثبت به للسيد الخيار فى فســخ الكتابة .

(٧٤) فى نسخة ((ب)) : فى المبيع . / أى العيب المقارن للعقد فـــى المبيع احترازا عن العيب الحادث ، فاذا قارن العيب عقد البيـــع لم ينفسخ به العقد ويثبت به الخيار للمشترى .

(٧٥) سقط قوله (عين ماله) من نسخة ((ب)) .

(٧٦) حيث للبائع فى السلم فسخ العقد وان لم يجد الثمن وهو رأس مالـه ، وبائع العبد يملك فسخ البيع وان لم يجد العبد بان ابق عنـــد المشترى .
وبائع المبيع المعيب يملك الفسخ وان لم يجد عين المبيع .
وأى والحال ان صاحب السلعة البائع لا يملك فسخ البيع اذا لم يجد عين ماله ، فلا يملك فسخه أيضا وان وجد عين ماله عند المشترى المفلس.

(٧٧) وهى ما اذا لم يجد عين ماله فى المواضع الثلاثة المقيس عليها .

(٧٨) أى المتغيرة . وهو الثمن .

الضـــرر،[79] وهاهنا[80] لا يندفع عنه[81] الضرر بالفسخ اذا لم يجد عين ماله ،لانـــه يحتاج أن يرجع الى المحاصة[82] الناقصة ،فلا وجه للفسخ[83] .

* مســألة (١٣١) : يحجر على المفلس ويباع عليه ماله.[1] / ١٥٤ش.
وقال أبو حنيفة : لا يحجر عليه ،ولا يباع[2] ماله[3] .

---

(٧٩) فى نسخة ((ب)) : عند الضرورة. / وهو تحريف.
(٨٠) أى فى الافلاس.
(٨١) أى عن البائع .
وفى نسخة ((ب)) : عند . / وهو تحريف .
(٨٢) وهو اقتسام الغرماء مال المفلس بالسوية ،بان يجعلوه حصصا متساوية ويدفع لكل منهم حصته ،فربما اصاب اقل من حقه عليه .
والاسم منها حصة وجمعها حصص كسدرة وسدر ،تقول : حصه من المـــال كذا يحصه من باب قتل : حصل له ذلك نصيبا . أنظر المصباح ج١ص١٥٠ .
(٨٣) لمجيئه على خلاف مصلحة صاحب السلعة .
أى فهذا فارق بين الاصل والفرع يبطل به قياسهم المذكور.
(١) محل الخلاف:اذا افلس وعنده مال . والا فلا حجر عليه بلا خلاف.
أنظر المسألة عند الشافعية فى : المختصر ص١٠٤ . الام ج٣ص٢١٢ .المنهاج ص٥٧ .
وهو قول الحنابلة: شرح المنتهى ج٢ص٢٨٣ .كشاف القناع ج٣ص٤٢٠ ، المغنى ج٤ ص٣٠٦ .
وبه يقول المالكية : الشرح الصغير ج٢ص٢٢٦ وص١٢٧ .الجواهر ج٢ص٨٨ . شرح المنح ج٣ص١٢٣ .
واليه ذهب ابن حزم أيضا - أنظر المحلى ج٨ ص٦٢٤ .
(٢) فى نسخة ((ب)) : ولا يباع عليه ماله .
(٣) أى ولكنه يحبس ابدا حتى يبيع هو مال نفسه فى دينه ايفاء لحق الغرمـاء ، وذهب الصاحبان الى أن القاضى الحجر عليه بطلب الغرماء ويبيع عليه مالـــه =

لنـا : ماروى[٤] أن النبي صلى الله عليه وسلم حجر على معاذ وباع عليه ماله -[٥] ولان كل مال جاز للحاكم بيعه على الميت لقضاء الدين جاز له بيعه على المفلس ، كالدراهم والدنانير.[٦]

= ويقسمه بين الغرماء بالحصص وفاقا للجمهور.

أنظر الهداية جـ٨ ص٢٠٢ ومابعدها . مجمع الانهر جـ٢ ص٤٤٢ . المبسوط جـ٢٤ ص١٦٣ و ص١٦٤ .

(٤) سقط قوله (ماروى) من نسخة ((ب)) .

(٥) قال ابن حجر : رواه الدارقطني - لكنني لم أجده في السنن فلعله في غيرها - .أهـ التلخيص جـ٣ ص٣٧ .

ورواه البيهقي جـ٦ ص٤٨ باب الحجر على المفلس.

قال الحاكم : صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه .أهـ المستدرك جـ٢ ص٥٨ .

أنظر تمام الكلام على الحديث عند الكلام في معنى التفليس ومشروعيته في مدخل مسائل التفليس .

(٦) أي عندكم ، حيث ذهب أبو حنيفة الى جواز مبادلة أحد النقدين بالآخر في البيع على المفلس بان كان الدين عليه دراهم وماله دنانير ففي القياس: ليس للقاضي مباشرة هذه المصارفة لان هذا الطريق غير متعين لما هو مستحق عليه وهو قضاء الدين ، وفي الاستحسان: للقاضي أن يفعله لان الدراهم والدنانير جنسان صورة وجنس واحد في المعنى ، ولهذا يضم احدهما الى الآخر في حكم الزكاة. أنظر المبسوط جـ٢٤ ص١٦٥ .

والجامع في القياس المذكور هو جواز أن يبيعه الحاكم على الميت لقضاء دينه من ثمنه ، في كل من الاصل وهو الدراهم والدنانير والفرع وهو سائر الاموال .

ولما كان حكم الاصل هو جواز بيع الدراهم والدنانير على المفلس ، كان حكم الفرع كذلك فيجوز بيع سائر أمواله أيضا لذلك .

فان قيـــل : الدراهم والدنانير كالجنس الواحد .(٧)

قيل : بل هما جنسان مختلفان(٨) ، ولهذا لا يحرم فيهما التفاضــــــل(٩) ، ولهذا لا يجوز للغريم أن يأخذ أحدهما بدلا عن الآخر.(١٠)

قالوا : لو كان الافلاس يوجب الحجر ،لصار محجورا(١١) عليه من غير قضـــاء ، كالجنون .(١٢)

---

(٧) أى من حيث انهما اثمان . أى ولذلك جاز بيع أحدهما بالآخر لقضـــاء دين المفلس .

أنظر المبسوط جـ٢٤ص ١٦٤ ،بخلاف سائر ماله ،أى فيبطل قياسه عليهما .

(٨) لان الدراهم من جنس الفضة ، والدنانير من جنس الذهب .

(٩) فيجوز بيع الذهب بالفضة متفاضلا بشرط أن يكون يدا بيد . أى حالا فـى المجلس .

لحديث عبادة بن الصامت مرفوعا : الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح ،مثلا بمثل سواء بسواء ، يدا بيد ، فاذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم اذا كان يدا بيد .أهـ رواه مسلم جـ٣ ص ١٢١١ كتاب المساقاة ،باب الصرف وبيع الذهب بالـورق نقدا .

ولو كانا جنسا واحدا لما جاز فيهما التفاظل قطعا .

(١٠) فى نسخة ((ب)) : من الاخر .

وانما لم يجز ذلك ،لانه يكون آخذا غير حقه ،فان كان حقه ذهبا وأخـــذ فضة كان آخذا أقل مما يستحق ،وبالعكس يكون آخذا اكثر مما يستحق .

ولو كانا جنسا واحدا لجاز له أخذ أحدهما بدلا عن الآخر .

(١١) سقط لفظ (عليه) من الاصل ./ والضمير عائد الى المفلس.

(١٢) حيث يوجب الحجر على المجنون بدون قضاء القاضى .

أى والحال انه لا يصح الحجر على المفلس بغير قضاء فلا يجوز الحجر عليـــه بمجرد الافلاس أيضا .

قلنا : الجنون مجمع عليه (١٣) ، فلم يقف على الحاكم ، كفرقة الطلاق (١٤) ، وهذا (١٥) مجتهد فيه ، فوقف على الحاكم كفرقة التعنين (١٦) .

---

(١٣) حيث لا يختلف أحد من الناس فى ضرورة الحجر على المجنون ، وأيضا فان المجنون يحجر عليه لحق نفسه ، واما المفلس فيحجر عليه لحق غيره ، وهم الغرماء فاختلفا ، فلا قياس.

(١٤) حيث لا يقف نفوذه على حكم الحاكم .
بجامع الاجماع عليه فى كل من الاصل وهو فرقة الطلاق والفرع وهو الحجر بالجنون .
ولما كان حكم الاصل عدم وقوف صحة الطلاق على الحاكم ، كان حكم الفرع كذلك فلا يقف الحجر على المجنون على الحاكم أيضا لذلك .

(١٥) أى الحكم عليه بالافلاس.

(١٦) أى بسبب حكم القاضى عليه بالعنة ، تقول : رجل عنين - بوزن سكين - اذا كان لا يقدر على اتيان النساء أولا يشتهى النساء ، وامرأة عنينة : أى لا تشتهى الرجال ، ومنه : عنن عن امرأته تعنينا بالبناء للمفعول : اذا حكم عليه القاضى بذلك أو منع عنها بالسحر ، والاسم منه العنة . أنظر المصباح جـ٢ ص ٨٤ .
والمقصود: ان الحكم بالافلاس على شخص لا يكون الا من جهة القاضى كالحكم عليه بالعنان ، بجامع ان كلا مجتهد فيه ، اما الاصل فهو التعنين واما الفرع فهو التفليس .
ولما كان حكم الاصل افتقار فرقة التعنين الى حكم القاضى كان حكم الفرع كذلك فيفتقر التفليس الى حكم القاضى أيضا لذلك .
والمراد: ابطال ان يقاس الحجر بالافلاس على الحجر بالجنون للفارق المذكور.

قالوا : هو أقدر على التصرف [(١٧)] ، فاذا لم يملك أن يحجر على نفسه ، فالحاكم أولى .

قلنا : الحاكم يملك بالحكم مالا يملك هو كما نقول فى فرقة العنين [(١٨)] وتحريم المرأة عليه بقوله: أنت على حرام [(١٩)] ، وسائر ما تختلف فيه من الأحكام .

قالوا : من غير [(٢٠)] جنس الأثمان [(٢١)] ، فلا يملك الحاكم العقد عليه لقضاء دينه ، كثياب [(٢٢)] البدن [(٢٣)] ومنافعه .

---

(١٧) أى فى ماله أى من الحاكم ، لانه يتصرف فى ماله على جهة الاصالة ، والحاكم يتصرف عنه فى ماله على جهة الوكالة .

(١٨) حيث لا تملك امرأة العنين الفرقة بنفسها ، اذ لا بد من حكم القاضى وله تأجيله بطلبها أربعة فصول على مدار السنة ليتبين ، لاحتمال زوال العنة فى أحدها . فان مضت المدة ولم يقدر على الجماع قيل: استقلت هى بالفسخ ، وقيل: تفسخ باذن القاضى . أنظر المنهاج ص ١٠٠ .

(١٩) حيث تحتاج الفرقة به الى حكم القاضى .

لان للحاكم أن يحرمها عليه اذا رأى ذلك حكمه ، وانه صريح فى الطلاق ولا يملك الزوج تحريمها به على نفسه . فها هنا ملك عليه القاضى مالا يملكه هو لنفسه .

أى فكان قياسهم الحاكم على المفلس فى عدم الحجر عليه قياسا مع الفارق ، فيبطل .

(٢٠) أى العروض المملوكة للمفلس .

(٢١) وهى الذهب والفضة .

(٢٢) سقط قوله (كثياب البدن) من نسخة ((ب)) . والمقصود بثياب البدن هى التى لا بد له منها ، احترازا عن ثيابه للجمعة والعيد ونحو ذلك حيث تباع عليه .

(٢٣) حيث لا يملك الحاكم عليه بيع ثياب بدنه ومنافعه اى اجباره على اجارة نفسه .

=

قلنـا : ذاك[24][25] لا يجب العقد عليه[26] لقضاء الدين ، ويجب العقد على سائر الأموال لقضاء الدين.[27]

قالوا : غير مولى عليه[28] ، فلا يملك الحاكم[29] بيع ماله عليه ، كمن عليه كفارة.[30]

= بجامع ان كلا من غير جنس الأثمان ، اما الاصل فهو ثياب البدن ومنافعه واما الفرع فهو ما يملكه المفلس من العروض .

ولما كان حكم الاصل عدم جواز ان يبيع الحاكم عليه ثياب بدنه ومنافعه ، كان حكم الفرع كذلك ، فلا يجوز له أن يبيع ما يملكه المفلس من العروض أيضا لذلك .

(٢٤) سقط قوله (قلنا : ذاك) . من نسخة ((ب)) .

(٢٥) أى ثياب بدن المفلس ومنافعه .

(٢٦) أى بيعه .

(٢٧) لانعدام الضرر فى بيعها عليه .

أى فاختلف الاصل عن الفرع فى قياسهم ، والقياس مع الفارق باطل .

(٢٨) لانه رشيد بالغ ، فلا ولاية لاحد عليه .

(٢٩) فى نسخة ((ب)) : فلا يملك الحاكم بيع ماله ، كما اذا خاف عليه التوى ، أو كان عليه الكفارة ونذر ، والمعنى فى الكفارة . . الخ .

(٣٠) حيث لا يملك الحاكم بيع ماله عليه لاداء الكفارة .

بجامع عدم الولاية عليه فى كل من الاصل وهو مالو كان عليه كفارة ، والفرع وهو مالو افلس الرجل .

ولما كان حكم الاصل عدم امتلاك الحاكم بيع ماله عليه لاداء الكفارة ، كان حكم الفرع كذلك فلا يملك الحاكم بيع مال المفلس لأداء دينه أيضا لذلك .

قلنا[٣١]: الغائب غير مولى عليه ، وللحاكم أن يبيع عليه ماله اذا خاف عليه التوا[٣٢]؛ والمعنى في الكفارة[٣٣] انه لا ولاية للحاكم عليه فيها ، وله ولاية عليه[٣٤] في سائر الديون[٣٥]، ولهذا يصرف[٣٦] الاثمان بعضها في بعض[٣٧].

* مسألة (١٣٢) : تسمع البينة على الاعسار في الحال[١]. / ١٥٥ ى.

وقال أبو حنيفة[٢]: لا تسمع حتى يحبس مدة[٣].

---

(٣١) من هنا الى قوله : اذا خاف عليه التوا . ساقط من نسخة ((ب)) .

(٣٢) في المصباح جـ١ ص ٨٧ : التوى وزان الحصى ، وقد يمد : الهلاك ، أهـ .
أى فلا تأثير للوصف الذى ذكروه في منع الحجر عليه .

(٣٣) أى والمانع من بيع الحاكم المال على من وجبت عليه الكفارة ليؤديها .

(٣٤) في نسخة ((ب)) : وله عليه ولاية في سائر الديون .

(٣٥) فجاز له أن يتصرف عليه فيها .
فبطل أن يقاس احدهما على الآخر للفارق المذكور.

(٣٦) أى الحاكم .

(٣٧) في نسخة ((ب)) : ببعض . / أى ليوفى منها دين المفلس. فانه يفعل ذلك بحكم ولايته عليه .

(١) المنهاج ص ٥٨ . الوجيز جـ١ ص ١٧٢ . المجموع جـ١٢ ص ٢٨٨ .
وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى جـ٢ ص ٢٧٧ . كشاف القناع جـ٣ ص ٤١٠ .
المغنى جـ٤ ص ٣٤٠ .
وبه يقول المالكية : الشرح الصغير جـ٢ ص ١٢٨ . الجواهر جـ٢ ص ٨٩ .
المنتقى جـ٥ ص ٨٤ .
واليه ذهب ابن حزم : المحلى جـ٨ ص ٦٢٤ .

(٢) في نسخة ((ب)) : وقال أبو حنيفة : لا تسمع حتى يحبس مدة ، يغلب على الظن انه لو كان له مال لكان قد ضجر بالحبس واظهره ثم تسمع البينة . أهـ وما بعده ساقط ، الى قوله : (قلنا) . من نسخة ((ب)) أيضا .

(٣) بلا تقدير ، ففى التبيين جـ٤ ص ١٨١ : وما جاء فيه من التقدير بشهرين أو ثلاث =

لنـــا : انه بينة على دعوى ، فلا يقف سماعها على الحبس ، كسائر البينات .(٤)

قالوا : المال يكتم ولا يقف عليه الشهود(٥) ، فحبس مدة يغلب على الظـــن انه لو كان له مال لكان قد تضجر بالحبس واظهره ، ثم تسمع البينة .

قلنا : لو كان هذا صحيحا لوجب اذا حبس(٦) فلم يظهر المال أن يحكـــم بفلسه من غير بينة(٧) ، ولأنا لا نسمع البينة الا ممن يخبر(٨) باطن حاله(٩) .

= أو أقل أو أكثر اتفاقي وليس بتقدير حتما .أهـ

خلافا لمحمد حيث ذهب الى أن البينة على افلاسه تقبل قبل الحبس.

أنظر الهداية جـ٨ص٢٠٨ .التبيين جـ٤ ص١٨١ .مجمع الانهر جـ٢ ص٤٤٢ .

(٤) حيث لا يقف سماعها على الحبس.

بجامع ان كلا بينة على دعوى ، اما الاصل فهو سائر البينات ، واما الفـــرع فهو البينة على الاعسار.

ولما كان حكم الاصل هو عدم وقوف سماع سائر البينات على الحبس، كان حكم الفرع كذلك فلا تقف بينة الاعسار عليه أيضا لذلك .

(٥) أي فيجوز أن يشهدوا عليه بالافلاس ويكون الحال فيه انه ملئ ، جهلا منهـــم بحقيقته .

(٦) في نسخة ((ب)) : اذا حبس يغلب على الظن فلم يظهر المال .. الخ .

(٧) أي والحال انكم تحكمون بفلسه بعد الحبس بالبينة ، فتبطلون بذلك فائـدة الحبس .

(٨) من قولك: خبر الامر اذا علمه ، وبابه نصر ، والاسم الخبر ، بضم فسكـــــون وهـو العلم بالشئ . أنظر المختار ص١٦٨ .

(٩) لانه يكون بذلك واقفا على حقيقة حاله ، فيضعف به ما قالوا من احتمال كتمان المال وعدم وقوف الشهود عليه .

* مسـألة (١٣٣) : اذا أقام[1] البينة على الافلاس وادعى الغريم[2] ان لـه مالا لا يعلم به الشهود حلف[3] فى أحد القولين[4] . / ١٥٥ ى .

---

(١) أى المدين المفلس .

(٢) على وزن فعيل بمعنى مفعول وهو من عليه الدين ، ويصح أن يأتى أيضا بمعنى الفاعل وهو من له الدين كما هو المقصود به فى المسألة هنا ، كما قال كثير عزة : قضى كل ذى دين فوفى غريمه .·. وعزة ممطول معنى غريمها . والمغريم من الغرام وهو الشر الدائم والعذاب ومنه (ان عذابها كان غراما أنظر المختار ص ٤٧٣ .

(٣) أى المفلس .

(٤) ومحل تصديقه باليمين ، هو ما اذا كان الدين لا فى مقابلة مال ، مثاله فى مقابلة المال : مالو ابتاع أو استقرض أو باع سلما فعليه البينة ، والا بان كان لا فى مقابلة مال ، كما لو كان أرش جناية أو صداق أو ضمان ونحو ذلك ، ففيه ثلاثة أقوال :

الأول : وهو أصحها يصدق بيمينه ،

الثانى : لا يصدق الا ببينة ،

الثالث : ان لزمه الدين باختياره كالصداق والضمان لم يصدق والا كأرش الجناية وغرامة المتلف صدق بيمينه .

أنظر شرح المحلى جـ ٢ ص ٢٩٢ . فتح العزيز جـ ١٠ ص ٢٢٩ .

وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى جـ ٢ ص ٢٧٧ . كشاف القناع جـ ٣ ص ٤٠٩

المغنى : جـ ٤ ص ٣٤٠ .

وبه يقول ابن حزم : المحلى جـ ٨ ص ٦٣٠ .

وقال أبو حنيفة : لا يحلف .(٥)

لنا : انه دعوى أمر يجوز خفاؤه على الشاهدين ، فجاز عرض اليمين فيه ، كدعوى الابراء .(٦)

قالوا : أقام البينة على دعواه (٧) ، فلم يحلف كدعوى المال .(٨)

قلنا : الاحلاف في ذلك (٩) تكذيب (١٠) للشهود وليس في هذا (١١) تكذيب ، لان

---

(٥) لم أجده في مظانه عندهم .

وهو قول المالكية: الخرشي جـ٣ ص ٢٧٨ . الشرح الصغير جـ٢ ص ١٣٣ . الجواهر جـ٢ ص ٩٢ .

(٦) حيث يجوز فيها عرض اليمين على مدعي الابراء من الدين .
بجامع ان كلا دعوى أمر يجوز خفاؤه على الشاهدين ، اما الاصل فهو دعوى الابراء ، واما الفرع فهو دعوى اليسار .
ولما كان حكم الاصل هو جواز عرض اليمين على المدعي في الابراء ، كان حكم الفرع كذلك فيجوز عرض اليمين على مدعي اليسار أيضا لذلك .

(٧) وهي انه مفلس .

(٨) حيث لا يحلف اذا ادعى عليه أن عنده مالا وشهد الشهود ان لا مال عنده .
بجامع اقامة البينة على الدعوى في كل من الاصل وهو دعوى المال ، والفرع وهو دعوى الافلاس .
ولما كان حكم الاصل عدم جواز تحليفه اذا ادعى وجود المال عنده ، كان حكم الفرع كذلك فلا يحلف مدعي الافلاس اذا أقام البينة على افلاسه أيضا لذلك .

(٩) يعني في دعوى المال .

(١٠) في نسخة ((ب)) : الاحلاف في ذلك ، لان فيه تكذيبا للشهود . /فيها سقط .
وانما كان فيه تكذيبا للشهود لانه سيثبت بيمينه خلاف ما شهدوا عليه به ، وفي ذلك اتهام لهم بالكذب عليه .

(١١) أي في تحليفه على عدم وجود مال لديه لم يعلم به الشهود .

المال يخفى . (١٢)

* مسألة (١٣٤) : اذا ثبت اعساره ، لم يجز ملازمته (١) . /١٥٥ى .

وقال أبو حنيفة : يجوز (٢) .

لنا : ما روى أبو سعيد الخدري (٣) أن رجلا أصيب في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم في ثمار ابتاعها فكثر دينه ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم تصدقوا . فتصدق الناس عليه ، فلم يبلغ ذلك دينه ، فقال رسول الله

---

(١٢) فقد لا يكون الشهود مطلعين عليه ، فجاز أن يحلف عليه لعدم تعارض الاخذ بشهادتهم مع جواز تحليفه لانهم أخبروا بما علموا ، وحلف هو على حقيقة حاله الذى قد يخفيه عنهم .

(١) المختصر ص ١٠٤ و ص ١٠٥ . الام جـ٣ ص ٢١٢ . المنهاج ص ٥٨ .
وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى جـ٢ ص ٢٧٦ . كشاف القناع جـ٣ ص ٤٠٦ .
المغنى جـ٤ ص ٣٣٨ .
واليه ذهب المالكية : الشرح الصغير جـ٢ ص ١٣٤ . الجواهر جـ٢ ص ٩٣ .
شرح المنح جـ٣ ص ١٤٤ .
وبه يقول ابن حزم : المحلى جـ٨ ص ٦٣٠ .

(٢) خلافا للصاحبين وزفر ، لقوله تعالى : (وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة) البقرة آية / ٢٨٠ .
أنظر : الهداية جـ٨ ص ٢٠٨ . التبيين جـ٤ ص ١٨١ وجـ٥ ص ٢٠٠ .

(٣) هو سعد بن مالك بن سنان بن خدرة ، بضم الخاء المعجمة ، الخدري . بايع النبي صلى الله عليه وسلم تحت الشجرة ، وشهد ما بعد أحد لصغر سنه ، وكان من علماء الصحابة ، له ألف ومائة حديث وسبعون حديثا ، روى عنه طارق بن شهاب وسعيد بن المسيب والشعبي ونافع ، وغيرهم ، وروى له : أصحاب الكتب الستة .
وقد كان من افقه احداث الصحابة وافاضلهم . توفي سنة ثلاث وستين .
وقال العسكري : سنة خمس وستين . أنظر الخلاصة ص ١٣٠ . الاصابة جـ٢ ص ٣٥ ، رقم / ٣١٩٦ .

صلى الله عليه وسلم (٤) لغرمائه : (خذوا ما وجدتم ، ليس لكم (٥) غير ذلك (٦)) ، ولانه دين لا يملك (٧) المطالبة به ، فأشبه الدين المؤجل (٨) .

قالوا : روى ابن عباس أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : (من أنظر معسرا الى ميسرته أنظره الله بذنبه الى توبته (٩)) ولو وجب انظاره لما ضمن له الثواب (١٠) .

---

(٤) فى الاصل : فقال صلى الله عليه وسلم .

(٥) فى نسخة ((ب)) : ليس لكم عليه .

(٦) الحديث رواه مسلم جـ٣ ص ١١٩١ كتاب المساقاة ، باب استحباب الوضع من الدين . رقم /١٨ .
ورواه ابن ماجه جـ٢ ص ٧٨٩ ، كتاب الأحكام ، باب تفليس المعدم والبيع عليه لغرمائه . رقم / ٢٣٥٦ .
ورواه البيهقى جـ٦ ص ٤٩ وص ٥٠ . باب لا يؤجر الحر فى دين عليه ولا يلازم اذا لم يوجد له شئ .

(٧) أى الدائن .

(٨) حيث لا يجوز لصاحب الدين المؤجل ملازمة غريمه قبل الحلول .
بجامع ان كلا دين لا يملك صاحبه المطالبة به ، اما الاصل فالدين المؤجل ، واما الفرع فالدين على المعسر .
ولما كان حكم الاصل المنع من ملازمة المدين قبل حلول دينه ، كان حكم الفرع كذلك فلا يجوز ملازمة من ثبت اعساره أيضا لذلك .

(٩) أنظر ترجمة ابن عباس فى المسألة رقم (٥٨) هامش (٥٣) .
والحديث رواه الطبرانى عن ابن عباس ، وضعفه السيوطى .
قال المناوى : قال الهيثمى : وفيه الحكم بن الجارود ، وقد ضعفه الازدى ، وشيخ الحاكم وشيخ شيخه لم أعرفهما . أهـ فيض القدير جـ٦ ص ٨٩ رقم الحديث / ٨٥٣٨ .

(١٠) فدل على أن الانظار غير واجب ، واذ هو كذلك فملازمته لمن أرادها جائزة .

قلنا : يحتمل انه أراد معسرا يقدر على قضاء دينه (١١).

قالوا : دين حال ، فأشبه الدين على الموسر (١٢).

قلنا : بل هو (١٣) مؤجل الى الميسرة (١٤) ، ألا ترى أنه (١٥) لا يملك المطالبة به (١٦) بخلاف ماقاسوا عليه (١٧).

قالوا : بالملازمة يتوصل الى دينه ، فانه يشرف على كسبه .

قلنا : يبطل بالملازمة في الدين المؤجل (١٨).

---

(١١) لانه يكون مليئا ويمتنع عن الاداء ، فيجوز لغريمه ملازمته بخلاف من ثبت اعساره .

أي والدليل اذا دخله الاحتمال بطل به الاستدلال .

(١٢) حيث يجوز لصاحب الدين ملازمته .

بجامع ان كلا دين حال ، اما الاصل فالدين على الموسر ، واما الفرع فالدين على المعسر .

ولما كان حكم الاصل جواز ملازمته الموسر حتى يقضي دينه ، كان حكم الفرع كذلك فيجوز ملازمة المعسر حتى يقضي دينه أيضا لذلك .

(١٣) أي المعسر الثابت اعساره بالبينة .

(١٤) لقوله تعالى (وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة) البقرة آية / ٢٨٠ .

(١٥) أي الدائن .

(١٦) قوله (به) مطموس في الاصل . واثبتناه من نسخة ((ب)) . /أي بدينه .

(١٧) يعني قياسهم جواز ملازمة المعسر على جوازها في الموسر . أي والقياس مع الفارق باطل .

(١٨) حيث لا يصل الى دينه فيه ، لعدم حلول الاجل ، وكذا المعسر لا يصل صاحب الدين بملازمته الى دينه منه ، لانه مؤجل الى الميسرة بتأجيل الله تعالى في قوله (فنظرة الى ميسرة) فعريت الملازمة عن الفائدة الاصلية وهي الحصول على الدين ، فلم تجز لذلك ولما فيها من ايذاء للمعسر ، وفي الحديث (لا ضرر ولا ضرار) رواه ابن ماجه جـ٢ ص ٧٨٤ كتاب الأحكام ، باب من بنى في حقه ما يضر بجاره ، رقم/ ٢٣٤١ وفي اسناده جابر الجعفي =

* مســـــألة (١٣٥) : اذا لم يقدر[1] على أخذ دينه ووجد[2] لــه مالا أخذه[3]،

٠/١٥٥ش.

وقال أبو حنيفة : لا يأخذ الا جنس حقه[4].

لنا : هو أنه مال[5] لمن عليه الدين لا يقدر[6] على أخذه منه[7]، والمال لا يتعلق

= وهو ضعيف ،أنظر ديوان الضعفاء ص ٤١ رقم/٠٧١٤
ورواه أيضا من طريق آخر عن عبادة بن الصامت ، ضعفه الذهبي وقـــال
ابن حجر: فيه انقطاع. أنظر الفيض جـ٦ ص ٤٣١٠

(١) أي اذا لم يقدر الدائن على أخذ عين دينه ووجد بديلا عنه فله أخذه .

(٢) أي للمدين المفلس.

(٣) المنهاج ص ١٥٥ . الوجيز جـ٢ ص٠ ٢٦٠ شرح المحلى جـ٤ ص ٣٣٥٠
وهو قول الحنابلة : كشاف القناع جـ٣ ص ٤٢٠ . شرح المنتهى جـ٢ ص ٤١٨

واليه ذهب المالكية : الشرح الصغير : جـ٢ ص١٣١ . الجواهر جـ٢ص ٩٠ ،
وص٩١ . شرح المنح جـ٣ ص ١٣٤٠
وبه يقول ابن حزم : المحلى جـ٨ ص ٦٢٤٠

(٤) الا اذا كان حقه فضة ووجد عند المدين ذهبا أو العكس ،فيجوز اقتضـــاء
احدهما بالآخر ،لانهما جنس واحد حيث تجمعهما الثمنية . بخـــلاف
العروض .
أنظر الهداية جـ٨ ص ٢٠٧ . مجمع الانهر جـ٢ ص ٤٤٢٠

(٥) أي مال المدين .

(٦) أي الدائن .

(٧) لان جنس دينه غير موجود عند المدين ،أو موجود ولكن ممتنع لا يصل الدائن
اليه .

به حق غيره (٨) ، فجاز له أخذه ، كما لو كان من جنس حقه (٩) ، أو مال يجب قضاء الدين بسببه (١٠) ، فأشبه ما قلناه (١١) .

قالوا : مال (١٢) لا يجوز له تملكه (١٣) ، فأشبه اذا قدر على أخذ دينه (١٤) .

---

(٨) أى حق غير المالك الحالى له . وهو المدين ، احترز به عما يتعلق به حق الغير كما لو كان ذلك المال الذى عند المدين مرهونا ، حيث يتعلق به حق المرتهن فلا يملك الدائن أخذه لتعلق حق الغير به ، وكذا لو تعلق به حق الشفيع ونحو ذلك .

(٩) حيث يجوز له أخذه قطعا لانه حقه .
بجامع عدم تعلق حق الغير به ، فى كل من الاصل وهو ما لو كان المال من جنس حق الدائن . والفرع وهو ما لو كان من غير جنسه .
ولما كان حكم الاصل جواز أخذ الدائن المال من المدين اذا كان من جنس ماله ، كان حكم الفرع كذلك فيجوز للدائن أخذ مال المدين وان لم يكن من جنس ماله أيضا لذلك .

(١٠) أى بسبب وجوده عند المدين ، لانه به يكون قادرا على الوفاء .

(١١) يعنى قوله : كما لو كان من جنس حقه ./
قلت : والجامع فيه ما ذكرناه أيضا .

(١٢) أى المال الذى هو من غير جنس دينه .

(١٣) لانه ليس هو المال الذى تعلق به حق الدائن .

(١٤) حيث لا يجوز له أخذ غيره .
بجامع ان كلا مال لا يجوز له تملكه . اما الاصل فهو ما لو قدر على أخذ دينه منه ، واما الفرع فهو ما لو لم يجد جنس مال دينه .
ولما كان حكم الاصل تحريم أخذ غير دينه وهو يقدر عليه ، كان حكم الفرع كذلك فلا يجوز له أخذ غير جنس دينه وان قدر عليه أيضا لذلك .

قلنا : هنـاك[١٥] لا حاجة به الى أخذه[١٦] ، ولهذا لا يجوز أخذ جنس حقه[١٧] بخلاف هذا[١٨] .

قالوا : لا ولاية له عليه[١٩] ، فلا يبيع مال المدين بغير اذنه[٢٠] ، كغير الغريم[٢١] .

قلنا : ولكن لموضع الضرورة يجوز[٢٢] أن يبيع ، كما يتحكم فى أخذ جنس حقه[٢٣] .

---

(١٥) أى فى حال ما اذا قدر على أخذ عين دينه .

(١٦) أى أخذ غير دينـه .

(١٧) لانه قادر على أخذ عين حقه ، فلا يأخذ غيره وان كان من جنس حقـه .

(١٨) أى حال ما اذا لم يجد عين دينه أو جنسه . حيث يجوز له أخذه لتعذر عينه أو جنسه .

وبهذا الفارق يبطل قياسهم المذكور .

(١٩) أى لا ولاية للغريم على المدين .

(٢٠) لانه ليس مالكا له ولا وليا عليه ولا وصيا ولا وكيلا ، بل أجنبى عنه .

(٢١) حيث لا يجوز له بيع مال غير المدين بلا اذنه قطعا .

بجامع انعدام الولاية عليه ، فى كل من الاصل وهو غير الغريـم ، والفرع وهو الغريم .

ولما كان حكم الاصل عدم جواز بيع غير الغريم مال المدين ، كان حكم الفـرع كذلك فلا يجوز للغريم بيع مال المدين أيضا لذلك .

(٢٢) أى للغريم .

(٢٣) حيث يأخذ جنس حقه اذا لم يجد عين حقه قطعا .

بجامع الضرورة فى كل من الاصل وهو مالو وجد غير حقه ، والفرع وهو مالو وجد جنس حقه .

ولما كان حكم الاصل جواز أخذ الدائن جنس حقه ان لم يجد عين حقـه ، كان حكم الفرع كذلك فيجوز له أخذ غير حقه ان لم يجد عينه أيضا لذلك .

" مســـائل الحجـــــر " (*)

* مسألة (١٣٦) : السن الذى يبلغ به الغلام والجارية خمس عشرة سنة (١). / ٥ د ١ ش.

(*) الحجر ، بفتح فسكون ، المنع ، وبابه نصر ، ويطلق الحجر على الحرام ومنه قوله تعالى (ويقولون حجرا محجورا) . سورة الفرقان آية/ ٢٢ أى حراما محرما ، وذلك : ان المشركين يقولون يوم القيامة اذا رأوا ملائكة العذاب (حجرا محجورا) يظنون ان ذلك ينفعهم كما كانوا يقولونه فى الدنيا لمن يخافونه فى الشهر الحرام ، ومنه الحجرة ، بضم فسكون ، أى حظيرة الابل لانها تمنعها من الخروج بعيدا ، ومنه حجرة الدار أيضا ، وكذا الحجر ، بكسر فسكون ، بمعنى العقل ، والكل يجمعه معنى المنع. أنظر المختار ص١٢٣ . المصباح جـ١ ص ١٣٢ . القاموس جـ٢ ص ٤ .

وفى الشرع : المنع من التصرفات المالية .

والاصل فيه: قوله تعالى (وابتلوا اليتامى حتى اذا بلغوا النكاح فان آنستم منهم رشدا فادفعوا اليهم أموالهم . . .) الآية . سورة النساء آية/ ٦ .

وقوله تعالى (فان كان الذى عليه الحق سفيها أو ضعيفا أو لا يستطيع أن يمل هو فليملل وليه بالعدل) البقرة آية/ ٢٨٢ . وقد فسر الشافعى رحمه الله السفيه بالمبذر والضعيف بالصبى ، والكبير بالمختل والذى لا يستطيع أن يمل بالمغلوب على عقله ، أنظر البيهقى جـ٦ ص ٦١ باب الحجر على البالغين بالسفه .

والحجر نوعان : الأول : حجر شرع لمصلحة الغير ، كالحجر على المفلس لحق الغرماء وعلى الراهن للمرتهن ، وعلى المريض للورثة ، وعلى العبد لمصلحة سيده . وعلى المرتد لمصلحة المسلمين .

والثانى : حجر شرع لمصلحة نفس المحجور عليه ، كالحجر على الصبى والمجنون والمبذر .

وزاد الماوردى نوعا ثالثا ، وهو ما يجمع الامرين الحجر لمصلحة النفس والغير ، كالحجر على المكاتب والصبى المميز . ونوزع فى ذلك . أنظر مغنى المحتاج جـ٢ - ص ١٦٥ . نهاية المحتاج جـ٤ ص ٣٤٢ .

(١) أى باستكمال خمس عشرة سنة قمرية ، وقيل: بالدخول فيها ، والمذهب الأول : أنظر فتح العزيز جـ١٠ ص ٢٧٧ . المختصر ص١٠٥ . الام جـ٣ ص٢١٥ . المنهاج ص ٥٩ .

وقال أبو حنيفة (٢) : فى الجارية سبع عشرة ، وفى الغلام ثمانى عشرة (٣) فى (٤) رواية وفى رواية أخرى تسع عشرة (٥) .

لنا : ماروى أنس (٦) أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : (اذا بلغ المولود خمس عشرة سنة كتب ماله وما عليه وأخذ (٧) منه الحدود (٨)) . وروى ابن عمر قال :

= وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى جـ٢ ص٢٨٩ . كشاف القناع جـ٣ ص ٤٣٢ . المغنى جـ٤ ص٣٤٦ .

(٢) سيذكر عنه روايتين ، وعنه رواية ثالثة وبها يقول الصاحبان ، وهى ان سن البلوغ بتمام الخامسة عشرة . كقول الشافعية والحنابلة .
أنظر : الهداية جـ٨ ص٢٠١ . مجمع الانهر جـ٢ ص٤٤٤ . التبيين جـ٥ ص٢٠٣
وذهب المالكية فى المشهور عندهم الى أن البلوغ فى الذكر والانثى يكون بتمام ثمانى عشرة سنة .
وقيل ستة عشر ، ولابن وهب : خمسة عشر .
أنظر : الخرشى جـ٣ ص ٢٩١ . شرح المنح جـ٣ ص١٦٦ . الجواهر جـ٢ ص٩٧ .
واما ابن حزم فسن البلوغ فيهما عنده تسعة عشر عاما . المحلى جـ١ ص١١٥ .

(٣) فى نسخة ((ب)) : ثمان . / بلا ياء .

(٤) سقط حرف (فى) من الاصل ، واثبتناه من نسخة ((ب)) .

(٥) فى نسخة ((ب)) : وتسع عشرة فى رواية .

(٦) أنظر ترجمته فى المسألة رقم (٢٨) هامش (٤) .

(٧) فى نسخة ((ب)) : وأخذت . / بتاء التأنيث .

(٨) الحديث رواه البيهقى فى الخلافيات من طريق عبد العزيز بن صهيب عن أنس بسند ضعيف ،
وقال الغزالى فى الوسيط : رواه الدارقطنى باسناده ، الا أنه ليس فى السنن فلعله ذكره فى كتابه الافراد أو غيره ، أنظر التلخيص جـ٣ ص٤٢ رقم / ١٢٤١ ولفظه فيه عن أنس مرفوعا : اذا أستكمل المولود خمس عشرة سنة ، كتب ماله وماعليه واقيمت عليه الحدود . أهـ .

عرضت على رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم أحد وأنا ابن أربع عشرة سنة فلم يجزني ولم يرني بلغت ، وعرضت عليه يوم الخندق وانا بن خمس عشرة سنة فأجازني (٩) ، ولان من صح اسلامه بنفسه أو صح توكيله في البيع ، كان بالغا (١٠) كما لو بلغ تسعة (١١) عشر سنة (١٢) . ولانه معنى (١٣) يتعلق به البلوغ يشترك فيه الذكر

---

(٩) وقد جعله عمر بن عبد العزيز لما سمعه الحد بين الكبير والصغير وكتب الى عماله بذلك .
رواه البيهقي جـ٦ ص ٥٥ كتاب الحجر ، باب البلوغ بالسن ، من طريق ابن جريج عن عبيد الله بن عمر ، ورواه من طريق أخرى أيضا عن ابن جريج به ، ثم قال : قال ابن صاعد : في هذا الحديث حرف غريب ، وهو قوله : ولم يرني بلغت . أهـ . وفي بلوغ المرام ص ١٥٨ : صححه ابن خزيمة . أهـ
ورواه البخاري بدون هذه الزيادة ، جـ٣ ص ٣٠ كتاب المغازي . باب غزوة الخندق ،
ورواه مسلم أيضا بدونها ، جـ٣ ص ١٤٩٠ كتاب الامارة باب بيان سن البلوغ . رقم / ٩١ .
وبنحوه رواه الترمذي أيضا جـ٣ ص ٦٤١ كتاب الأحكام . باب ما جاء في حد بلوغ الرجل والمرأة ، رقم / ١٣٦١ ثم قال : هذا حديث حسن صحيح .أهـ
ورواه ابن ماجه جـ٢ ص ٨٥٠ كتاب الحدود ، باب من لا يجب عليه الحد ، رقم / ٢٥٤٣ .
وأنظر ترجمة ابن عمر في المسألة رقم (٤) هامش (٣) .

(١٠) سقط قوله (كان بالغا) من نسخة ((ب)) .

(١١) في نسخة ((ب)) : تسع عشرة سنة .

(١٢) اذ يصح اسلامه وتوكيله في البيع، لبلوغهما اجماعا . أنظر المحلى جـ١ ص ١١٧ .
بجامع صحة اسلامه بنفسه وتوكيله في البيع في كل من الاصل وهو من بلغ تسع عشرة سنة . والفرع وهو من بلغ خمس عشرة سنة .
ولما كان حكم الاصل هو ان من بلغ تسع عشرة سنة يعتبر بالغا لصحة اسلامه وتوكيله ، كان حكم الفرع كذلك فيحكم ببلوغ من عمره خمس عشرة سنة أيضا لذلك .

(١٣) أي سن الخامسة عشرة .

والانثى فاستويا فيه كالاحتلام (١٤) .

قالوا : هذا تقدير (١٥) فلا يثبت الا بتوقيف (١٦) أو اتفاق (١٧) .

قلنا : قد ذكرنا التوقيف (١٨) ، ثم قدرتم (١٩) مسح الرأس (٢٠) وخرق الخف (٢١)

والعدد في الجمعة (٢٢) من غير توقيف (٢٣) ولا اتفاق .

---

(١٤) حيث يستوى في البلوغ به الذكر والانثى .
بجامع تعلق البلوغ به في كل من الاصل وهو الاحتلام والفرع وهو سن الخامسة عشرة .
ولما كان حكم الاصل هو استواء الذكر والانثى في البلوغ بالاحتلام ، كان حكم الفرع كذلك فيستوى الذكر والانثى في الحكم ببلوغهما في سن الخامسة عشر أيضا لذلك .

(١٥) أى من الأمور التي لا مدخل للاجتهاد فيها فيتوقف العمل به على نص شرعي ، من كتاب أو سنة .

(١٦) أى بنص شرعي من كتاب أو سنة .

(١٧) أى اجماع ، والحال انه لا اجماع ولا نص في تقدير سن البلوغ ، فوجب الرجوع الى الحد المتيقن حصول البلوغ به ، وهو ما جرت العادة فيه ببلوغ الجارية في السابعة عشرة ، والغلام في الثامنة عشرة وقيل التاسعة عشرة .

(١٨) وهو اجازة النبي صلى الله عليه وسلم ابن عمر يوم الخندق ، واعتباره بالغا ، وهو ابن خمس عشرة سنة .

(١٩) في نسخة ((ب)) : ثم هو قدر مسح الرأس . / يعني أبا حنيفة .

(٢٠) أى بالربع . لحديث المغيرة : أن النبي صلى الله عليه وسلم مسح على ناصية رأسه ، أنظر التبيين جـ١ ص٣ .

(٢١) باليسير فيه وهو قدر ثلاثة أصابع من خنصر القدم ، والا فلا يصح المسح عليه أنظر التبيين جـ١ ص ٤٩ .

(٢٢) بثلاثة سوى الامام ، وقال أبو يوسف اثنان سواه ، لأنه أقل الجمع . أنظر التبيين جـ١ ص ٢٢١ .

(٢٣) قلت الا المسح ففيه حديث المغيرة رواه مسلم جـ١ ص ٢٣١ كتاب الطهارة - باب المسح على الناصية والعمامة رقم / ٨٣ .

قالوا (٢٤) : حكم يتعلق بالمدة فيها نادر ومعتاد (٢٥) ، فكان التقدير بالنادر، كأكثر الحيض (٢٦) .

قلنا : يبطل بالنفاس، فانه يتقدر بالمعتاد عندهم (٢٧) ، والحيض لم يتقدر بما قدر به (٢٨) لكونه نادرا ، بل لأنه (٢٩) أكثر ماوجد (٣٠) ، ولهذا لم يتقدر بما زاد على سبع ، وان كان ذلك نادرا (٣١) .

---

(٢٤) فى نسخة ((ب)) : قلنا . / وهو خطأ .

(٢٥) حيث يندر البلوغ فى الجارية فى سن السابعة عشرة وفى الغلام فى الثامنة عشرة ، والمعتاد فيما زاد على ذلك .

(٢٦) وهو عشرة أيام ، حيث تتحدد بها مدة أكثر الحيض لانها نادرة ، والمعتاد سبعة أيام .

والجامع فى القياس المذكور هو ان كلا حكم يتعلق بالمدة فيها نادر ومعتاد ، اما الاصل فهو أكثر الحيض واما الفرع فهو ادنى سن البلوغ .

ولما كان حكم الاصل اعتبار أكثر مدة الحيض لانها نادرة ، كان حكم الفرع كذلك فيعتبر أقل سن البلوغ وهو سبع عشرة فى الجارية وثمانى عشرة فى الغلام لانها نادرة فيهما أيضا لذلك .

(٢٧) وهو انه لا حد لاقله ، واما أكثره فاربعون يوما ، وان جاوز الدم الاربعين وكانت ولدت قبل ذلك ، ولها عادة فى النفاس ، ردت الى أيام عادتها .

أنظر الهداية جـ١ ص ١٦٦ .

والمقصود : انهم خالفوا تلك العلة هنا فى النفاس حيث لم يردوا الحكم فيه الى النادر وهو عدم اعتبار عادتها فيه .

(٢٨) أى عندكم وهو عشرة أيام .

(٢٩) فى نسخة ((ب)) : بل لكونه . / أى حيض العشرة أيام .

(٣٠) أى فى النساء عادة ، ومازاد على العشرة فهو استحاضة لا يترتب عليها أحكام الحيض .

أى فقد كان يجب بناء على الوصف الذى ذكرتم ان لا تعتبروا العشرة أيام أكثر الحيض لانها معتادة وليست نادرة ، بل النادر فيها مازاد على السبع ولم تقولوا به .

(٣١) أى فبطل اعتبار الندرة فيما فيه مدة منها نادر ومعتاد ، بل العبرة للمعتاد منها وبه يصح اعتبار البلوغ بسن الخامسة عشرة فى الغلام والجارية .

* مسـألة (١٣٧) : انبات الشعر الخشن (١) يوجب الحكم بالبلوغ فى الكفـار، وفى المسلمين (٢) قولان . / ١٥٥ ش.

---

(١) وهو الذى يحتاج فى ازالته لنحو حلق، وهو ضد الناعم الضعيف ويسمى الزغب بفتحتين ، تقول زغب الصبى اذا نبت زغبه ، وبابه تعب . أنظر مغنى المحتاج جـ٢ ص ١٦٧ . والمصباح جـ١ ص ٢٧١ .

(٢) وسبب الخلاف فى هذه المسألة: هو هل بلوغ الخامسة عشرة امارة على البلوغ ام انه بلوغ حقيقة . قولان ، فان قلنا: ان الانبات بلوغ حقيقة ، كان كسائر أسباب البلوغ فلا يختلف فيه المسلم والكافر، وان قلنا: - وهو الاظهر فيهما - انه امارة على البلوغ لم يعتبر بلوغا فى المسلمين فى أظهر القولين ، لان مراجعة الاباء فى حق المسلمين والاعتماد على اخبارهم عن تواريخ المواليد سهل ، بخلاف الكفار ، فانهم لا اعتماد على قولهم . ولان المسلمين ربما استعجلوا الانبات بالمعالجة رفعا للحجر واستفادة للولايات ، والكفار لا يتهمون بمثل ذلك ، لانهم حينئذ يقتلون أو تضرب عليهم الجزية .
أنظر فتح العزيز جـ١٠ ص ٢٨٠ . الوجيز جـ١ ص ١٧٦ . المنهاج ص ٥٩ .
وهو قول الحنابلة: شرح المنتهى جـ٢ ص٢٨٩ وص٢٩٠ . كشاف القناع جـ٣ ص ٤٣٢ . اذ لم يذكر فرقا بين المسلمين والكفار فى اعتبار البلوغ به .
وأنظر المغنى جـ٤ ص ٣٤٥ .
وبه يقول المالكية ، الا انهم اختلفوا فى اعتباره بلوغا فى حق الله والناس ام فى حق الله فقط ، فعلى الاول تلزمه العبادات ويؤخذ بالعقوبات والحدود ، وعلى الثانى تلزمه العبادات فقط ، دون الحدود . كما اختلفوا فى اعتباره بلوغا أو امارة عليه .
والمشهور انه امارة مطلقا .
أنظر شرح المنح جـ٣ ص ١٦٧ . الجواهر جـ٢ ص ٩٧ . الخرشى جـ٣ ص٢٩١ .
وبالبلوغ بالانبات أيضا يقول ابن حزم : المحلى جـ١ ص٥ ١١ .

وقال أبو حنيفة : لايوجب .(٣)

لنا : ماروى عطية القرظى(٤) قال : عرضت علىّ رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم قريظة فشكوا فى فأمر النبى صلى الله عليه وسلم أن ينظروا(٥) الى هل انبت : فنظروا فلم يجدونى انبت فخلى عنى ، وألحقنى بالسبى(٦) ولانه يصح ايمانه بنفسه ، فأشبه المحتلم .(٧)

---

(٣) لان البلوغ عنده يكون بالاحتلام والاحبال والانزال والا فحتى يتم ثمانى عشرة واما الجارية فبالحيض والاحتلام والحبل والا فبلوغ سبع عشرة ، واما عند الصاحبين فبلوغ الغلام والجارية خمس عشرة ، وهو رواية عن أبى حنيفة .
أنظر الهداية جـ٨ ص٢٠١ . مجمع الانهر جـ٢ ص ٤٤٤ التبيين جـ٥ ص٢٠٣ .

(٤) لم يذكر ابن عبد البر ولا ابن حجر اسم أبيه ، صحابى ، سكن الكوفة فروى حديثه أصحاب السنن من طريق عبد الملك بن عمير عنه ، قال : كنت فيمن حكم عليهم سعد بن معاذ فشكوا فى فتركونى ، الذى ذكره المصنف عنه هنا .
أنظر : الاصابة جـ٢ ص ٤٨٥ رقم/ ٥٥٧٩ .

(٥) فى نسخة ((ب)) : ان ينظر . / بالبناء للمجهول .

(٦) رواه البيهقى جـ٦ ص ٥٨ باب البلوغ بالانبات ، ولم يتعقبه فى الجوهر النقى عليه .
ورواه الترمذى جـ٤ ص ١٤٥ كتاب السير ، باب ماجاء فى النزول على الحكم ، رقم/ ١٥٨٤ ، ولفظه : عرضنا على النبى صلى الله عليه وسلم يوم قريظة فكان من انبت قتل ومن لم ينبت خلى سبيله ، فكنت ممن لم ينبت ، فخلى سبيلى . أهـ
ثم قال : هذا حديث حسن صحيح . أهـ .
ورواه ابن ماجه جـ٢ ص٨٤٩ كتاب الحدود ، باب من لا يجب عليه الحد ، رقم/ ٢٥٤١ . بلفظ الترمذى .
وصححه أيضا ابن حبان والحاكم وأيدهما ابن حجر ، أنظر التلخيص جـ٣ ص٤٢ ، رقم/ ١٢٤٣ .

(٧) حيث يعتبر احتلامه دليلا على بلوغه .
بجامع صحة ايمانه بنفسه ، فى كل من الاصل وهو المحتلم ، والفرع وهو المنبت =

قالوا : زيادة[8] فى البدن ، فأشبه السمن[9] وشعر الصدر.[10]

قلنا : هذا يخالف النص ،[11] ثم السمن وشعر الصدر لا يختص بحال البلوغ ، فهو كالبول والمذى[12] وهذا[13] يختص بحال البلوغ ، فهو كالحيض والمنى.[14]

= ولما كان حكم الاصل اعتبار الاحتلام دليلا على البلوغ فيه ، كان حكم الفرع كذلك ، فيكون انبات الشعر الخشن دليلا على البلوغ فيه أيضا لذلك .

(٨) أى نبات الشعر حول القبل زيادة فى البدن .

(٩) فى نسخة ((ب)) : فأشبه الثمن . / وهو خطأ لا معنى له هنا .

(١٠) حيث لا يحكم فيهما بالبلوغ .

بجامع ان كلا زيادة فى البدن ، اما الاصل فهو السمن وشعر الصدر ، واما الفرع فهو انبات الشعر الخشن حول القبل .

ولما كان حكم الاصل هو عدم الحكم بالبلوغ بسبب سمن البدن ونبات شعر الصدر فيه .

كان حكم الفرع كذلك فلا يحكم ببلوغ من انبت الشعر الخشن حول القبل فيه أيضا لذلك .

(١١) أى هذا القياس يخالف الحديث الذى رواه عطية القرظى فى اعتبار الانبات دليلا على البلوغ ، أى والقياس اذا كان فى مقابلة النص يكون فاسد الاعتبار فيبطل .

(١٢) وهو مايخرج من ذكر الرجل لدى ملاعبته أهله أو تقبيلها ، وهى بفتح الميم وكسر الذال المعجمة ، وسكون الياء المقصورة . أنظر القاموس جـ٤ ص ٣٨٩ .

والجامع فى القياس المذكور هو عدم الاختصاص بحال البلوغ فى كل من الاصل وهو البول والمذى والفرع وهو السمن وشعر الصدر .

ولما كان حكم الاصل عدم اعتبار البول والمذى دليلا على البلوغ كان حكم الفرع كذلك فلا يعتبر السمن وشعر الصدر دليلا على البلوغ أيضا لذلك .

(١٣) أى انبات الشعر الخشن حول القبل .

(١٤) حيث يحكم ببلوغ من حاضت وبلوغ من أمنى .

بجامع الاختصاص بحال البلوغ فى كل من الاصل وهو الحيض والمنى والفرع وهو انبات الشعر الخشن حول القبل .

=

* مسـألة (١٣٨) : اذا بلغ الصبى غير مصلح لدينه (١) ، لم يسلم اليه المال (٢) . / ١٥٥ش

وقال أبو حنيفة : يسلم. (٣)

لنا : هـو (٤) انه غير موثوق به (٥) فى حفظ المال ، فجعل كالمتبذر (٦) حقيقة (٧) ،

- ولما كان حكم الاصل هو الحكم ببلوغ من تحيض ومن يمنى ، كان حكم الفرع كذلك فيحكم ببلوغ من أنبت الشعر الخشن حول القبل أيضا لذلك .
والمقصود اثبات الفارق بين الاصل والفرع فى قياسهم . فيبطل به .

(١) بأن كان غير ملتزم لاحكام الشرع فلا يفعل الواجب ولا يجتنب الحرام ، ومثل هذا يوصف بالفاسق .

(٢) المختصر ص ١٠٥ . الام جـ٣ ص ٢١٥ . المنهاج ص ٥٩ .
وهو قول ابن حزم : المحلى جـ٩ ص ١٨٣ .

(٣) الهداية جـ٨ ص ٢٠٠ . التبيين جـ٥ ص ١٩٨ . مجمع الانهر جـ٢ ص ٤٤١ .
وهو قول الحنابلة : كشاف القناع جـ٣ ص ٤٣٣ . شرح المنتهى جـ٢ ص ٢٨٩
المغنى جـ٤ ص ٣٥٠ .
وبه يقول المالكية : الشرح الصغير جـ٢ ص ١٣٨ : فمدار الرشد عندنا على صون المال فقط دون صون الدين . أهـ خلافا لابن الماجشون ، أنظر القوانين ص ٣٤٩ .
وأنظر شرح المنح جـ٣ ص ١٧٢ : ولا يشترط فى الرشد العدالة . أهـ.

(٤) سقط لفظ (هو) من سخة ((ب)) .

(٥) أى بالصبى الذى بلغ فاسقا .

(٦) فى المختار ص ٤٥ . وتبذير المال : تفريقه اسرافا . أهـ.
زاد فى القاموس جـ١ ص ٣٧٠ : وبذره تبذيرا خربه وفرقه اسرافا . أهـ.

(٧) حيث يحجر عليه ولا يسلم المال وان كان بالغا ، لانه يتلف المال ويجعله فى غير محله .
بجامع ان كلا غير موثوق به فى حفظ المال ، اما الاصل فهو المتبذر حقيقة واما الفرع فهو الصبى اذا بلغ غير مصلح لدينه .
ولما كان حكم الاصل عدم جواز تسليم من تحقق تبذيره المال ، كان حكم الفرع كذلك فلا يجوز تسليم الصبى اذا بلغ غير مصلح لدينه ، ماله أيضا لذلك .

كما أن الفاسق لما لم يكن موثوقا به فى الشهادة (٨) ، جعل كالكاذب حقيقة (٩) .

قالوا : اذا لم يمنع الكفر من تسليم المال (١٠) ، فالفسق أولى (١١) .

قلنا : الكفر لا يمنع الولاية ولا الشهادة (١٢) ، والفسق يمنع من ذلك (١٣) .

---

(٨) لاحتمال أن يكذب فيها على المشهود عليه .

(٩) حيث ترد شهادته قطعا .

بجامع عدم الوثوق به فى الشهادة فى كل من الاصل وهو الكاذب حقيقة ، والفرع وهو الفاسق .

ولما كان حكم الاصل رد شهادة الكاذب حقيقة ، كان حكم الفرع كذلك فترد شهادة الفاسق أيضا لذلك .

والجامع فى قياس الصبى اذا بلغ غير مصلح لدينه ، على الفاسق فى الشهادة هو أن كلا غير موثوق به . اما الاصل فهو الفاسق فى الشهادة واما الفرع فهو الصبى اذا بلغ غير مصلح لدينه .

ولما كان حكم الاصل عدم جواز قبول شهادة الفاسق ، كان حكم الفرع كذلك فلا يجوز تسليم الصبى اذا بلغ غير مصلح لدينه المال أيضا لذلك .

(١٠) أى فيما اذا بلغ الصبى وهو كافر تبعا لأبويه ، حيث يسلم له الوصى ماله وان كان كافرا .

(١١) أى بان لا يمنع من تسليم الصبى/ ماله اذا بلغ فاسقا .

ووجه الولوية : ان الكافر اشد سفها من الفاسق ، ثم يسلم اليه ماله اذا زال سبب الحجر عنه ، فاذا سلم المال الى الاسفه وهو الكافر فأولى أن يسلم الى السفيه وهو الفاسق .

(١٢) اذ يجوز للكافر أن يكون وليا على مال غيره ، أو شهيدا له أو عليه .

(١٣) لان الكفر معنى يتعلق بالاعتقاد فلا ينافيه وجود الامانة والنظر الصحيح فى المال لمصلحة المحجور عليه أو اداء الشهادة له .

واما الفسق فيتعلق بالسلوك ، فيتنافى معه وجود الامانة والصدق فكان مظنة تضييع المال .

ولذلك جازت الولاية والشهادة من الكافر على المحجور عليه ، ولم تجز من الفاسق .

والمقصود : اثبات الفرق بين الاصل والفرع فى قياسهم ، لابطاله .

* مسـألة (١٣٩) : لا يسلم المال الى المبذر.[١] / ١٥٦ ى.

وقال أبو حنيفة : اذا بلغ خمسا وعشرين[٢] سلم اليه ماله[٣] .

لنا : هو انه مبذر لماله ، فلم يسلم اليه المال ، كما لو كان له دون ذلك[٤] .

---

(١) المختصر ص ١٠٥ - فتح العزيز جـ ١٠ ص ٢٨٥ . المنهاج ص ٥٩ .
وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى جـ ٢ ص ٢٨٩ . كشاف القناع جـ ٣ ص ٤٣٢ .
المغنى جـ ٤ ص ٣٤٤ .
وبه يقول المالكية : الشرح الصغير جـ ٢ ص ١٣٧ . حواشى الدسوقى جـ ٣ ،
ص ٢٩٢ . شرح المنح جـ ٣ ص ١٦٣ .

(٢) فى نسخة ((ب)) : خمسا وعشرين سنة .

(٣) خلافا للصاحبين . وبقولهما يفتى فى المذهب . أنظر مجمع الانهر جـ ٢ ص ٤٣٩
وأنظر أيضا : الهداية جـ ٨ ص ١٩٤ . مجمع الانهر جـ ٢ ص ٤٣٨ و ص ٤٣٩
المبسوط جـ ٢٤ ص ١٦١ .
وذهب ابن حزم الى أنه لا يحجر على البالغ فى التصرف فى ماله لكنه يـرد
فعله فيما خالف فيه المباح أو الواجب ، وعاب على أبى حنيفة تحديده
بخمس وعشرين سنة . أنظر المحلى جـ ٩ ص ١٧٠ وص ١٧٣ .

(٤) سقط اسم الاشارة (ذلك) من نسخة ((ب)) .
أى حيث لا يسلم اليه المال اذا كان دون خمس وعشرين سنة .
بجامع ان كلا مبذر لماله ، فى كل من الاصل وهو مالو كان له أقل من خمس
وعشرين ، والفرع وهو مالو كان له خمس وعشرون سنة .
ولما كان حكم الاصل عدم تسليم المال الى من دون خمس وعشرين ، كان حكم
الفرع كذلك فلا يسلم اليه وان بلغ خمسا وعشرين أيضا لذلك .

قالوا : قال الله عز وجل : (ولا تقربوا مال اليتيم الا بالتى هى أحسن حتى يبلغ أشده)(٥) والاشد خمس وعشرون(٦) سنة ، تقول العرب : بلغ فلان أشده،(٧) اذا بلغ الخمسين(٨).

قلنا : الاشد هو البلوغ،(٩) لان فيه يشتد ، وما ذكروه لا يعرف عن أحد من أهل اللغة(١٠).

---

(٥) سورة الانعام .آية / ١٥٢ .

وجه الدلالة : انه تعالى اشترط لاداء مال اليتيم بلوغه الاشد فجعله غاية لجواز قرب ماله ، فاذا بلغ أشده حرم عليه قربه سواء أنس منه الرشد أم لا اذا كان عاقلا .

(٦) فى الاصل (خمس وعشرين) وهو خطأ . لانه خبر، فيكون مرفوع الجزءين .

(٧) فى نسخة ((ب)) : اشد به .

(٨) لكن قال فى القاموس جـ١ ص ٣٠٥ : وحتى يبلغ أشده ويضم أوله : أى قوته ، وهو مابين ثمانى عشرة الى ثلاثين سنة . أهـ.

وقال الطبرى : الاشد جمع شد ، كما الاضر جمع ضر، . . . والشد القوة ، وهو استحكام قوة سنه وشبابه ، كما شد النهار ارتفاعه وامتداده ، يقال : اتيته شد النهار ومد النهار. أهـ هذا فى اللغة ، ثم ذكر لاهل التفسير قولين فى معنى الاشد : أحدهما : انه بلوغ الحكم ، والثانى : بلوغ ثلاثين سنة. فالأول عن ربيعة ومالك وعامر ، والثانى عن السدى. أنظر : جامع البيان جـ١٢ ص٢٢٢ .

واما ماهو مرقوم فى الكتاب فحرف ولعل صوابه خمسا وعشرين .

(٩) وهو قول ربيعة ومالك وعامر ، كما تقدم فى الهامش قبل هذا ، عن الطبرى فى تفسيره .

(١٠) لم أعثر على من ذكر ذلك عن العرب أيضا ، وانما المذكور عنهم فيه معان :

الأول : يأتى بمعنى البلوغ .

الثانى : يأتى بمعنى مبلغ الحنكة والمعرفة .

الثالث: انه مابين السبع عشرة الى الاربعين ، وقيل : مابين الثلاثين الى =

قالوا : يصلح أن يكون جدا (١١) ، فلم يجز أن يحجر عليه (١٢) .

قلنا : (١٣) وقد يكون جدا فى أقل من ذلك ، فان المرأة تحيض لتسع سنين ،

= الاربعين ، وهما مرويان عن الزجاج .

الرابع : بمعنى الاكتهال . تقول : بلغ الرجل اشده ، اذا اكتهل .

وهو مروى عن ابن سيده .

أنظر اللسان جـ٣ ص ٢٣٥ .

قلت : ولعل الحنفية أخذوه من المعنى الاخير ، فان الكهل فى اللغة يطلق على من جاوز الثلاثين أو أربعا وثلاثين الى احدى وخمسين .

أنظر القاموس جـ ٤ ص ٤٧ .

وان كان ابن منظور قد خالف فى ذلك فقال : واما قوله تعالى : حتى اذا بلغ أشده وبلغ أربعين سنة ، فهو أقصى نهاية بلوغ الاشد ، وعند تمامها بعث محمد صلى الله عليه وسلم نبيا وقد اجتمعت حنكته وتمام عقله ، فبلوغ الاشد محصور الاول - وهو سبع عشرة - محصور النهاية - وهو الاربعين - غير محصور ما بين ذلك . أهـ . اللسان جـ٣ ص ٢٣٦ .

(١١) لانه يولد له اذا بلغ اثنى عشر سنة ونصف السنة ، ثم يولد لابنه اذا بلغ مثلها أيضا ، فيكون ببلوغه الخامسة والعشرين جدا .

(١٢) اذ ليس بعد الجد منزلة . وقد بلغها ، فلا فائدة من الحجر عليه ، لان الحجر للتأديب ، ومن صار جدا لم يعد محلا للتأديب فامتنع عنه لذلك .

أنظر الهداية جـ٨ ص ١٩٤ .

(١٣) سقط حرف الواو من نسخة ((ب)) .

وقال الشافعى : رأيت جدة لها احدى وعشرون سنة[١٤]، ويحجر عليها[١٥]، ثم يبطل بمن بلغ[١٦] هذا السن وهو مجنون[١٧].

* مسألة (١٤٠) : اذا بلغ[١] المبذر واقر بالمال[٢]، لم ينفذ ذلك[٣]. /١٥٦ى.

---

(١٤) فى نسخة ((ب)) : احد وعشرون . / بالتذكير والصواب ما أثبتناه من الاصل لان المعدود هنا مؤنث والعدد احد عشر واثنا عشر يجب أن يوافق المعدود تأنيثا وتذكيرا .

(١٥) أى فلم يعتبر وصف الجد فيها مانعا من الحجر عليها .

(١٦) فى نسخة ((ب)) : بمن يبلغ .

(١٧) حيث لا يسلم اليه ماله ، وان بلغ خمسا وعشرين سنة ، فبطل أن يكون للسن المذكور مدخل فى وجوب دفع المال لمن بلغه بل العبرة فيه بالرشد .

(١) فى نسخة ((ب)) : اذا باع المبذر، أو اقر بالمال ، لم ينفذ ذلك .

(٢) كالاقرار بدين ، أو بموجب جناية خطا أو شبه عمد أو اتلاف مال أو سرقته ونحو ذلك .

(٣) المختصر ص ١١٢ : ولا يجوز الا اقرار بالغ حر رشيد ومن لم يجز بيعه لم يجز اقراره . أهـ

وأنظر الام جـ٣ ص ٢٣٤ . المنهاج ص ٥٩ .

وذهب الحنابلة الى أن اقراره به يصح الا انه لا ينفذ الا بعد فك الحجر عنه . ومحل ذلك: اذا لم يعلم الولى صحة ما أقر به السفيه ، والا لزمه ما أقر به فى الحال .

أنظر : شرح المنتهى جـ٢ ص ٢٩٥ . كشاف القناع جـ٣ ص ٤٤٣ . وذكر فى المغنى جـ٤ ص ٣٥٦ قولا آخر أنه لا يصح اقراره به اصلا ولا يؤخذ به فى الحكم بحال .

وبعدم نفاذ اقراره بالمال يقول المالكية أيضا ، أنظر: الشرح الصغير جـ٢ =

وقال أبو حنيفة : ينفذ . (٤)

لنا : ان من منع المال لعدم الرشد ، لم يصح بيعه واقراره بالمال ، كالمجنون . (٥) (٦)

قالوا : يقبل اقراره بما يوجب الحد والقصاص ، فقبل في المال ، كالرشيد . (٧)

= ص ١٣٨ . الشرح الكبير جـ٣ ص ٣٩٧ . القوانين ص ٣٤٢ . وفي شرح المنح جـ٣ ص ١٧٤ . ولا يجوز اقراره بدين الا أن يقر به في مرضه ، ففي ثلثه . أهـ .

(٤) أي بعد قضاء الديون ان كانت عليه لا في الحال .
أنظر الهداية جـ٨ ص ٢٠٧ . مجمع الانهر جـ٢ ص ٤٤٣ .
وبنفاذه يقول ابن حزم أيضا : المحلى جـ٩ ص ١٢١ : ومن اقر لآخر أو لله تعالى بحق في مال أو دم ، أو بشرة ، وكان المقر عاقلا بالغا غير مكره ، واقر اقرارا تاما ولم يصله بما يفسده ، فقد لزمه ولا رجوع له بعد ذلك . أهـ .
والمحجور غير مكره ، وهو بالغ عاقل فيشمله الحكم المذكور .

(٥) في نسخة ((ب)) : هو أن كل من منع . . الخ .

(٦) حيث لا يصح بيعه واقراره بالمال .
بجامع المنع من تسليم المال لعدم الرشد في كل من الاصل وهو المجنون ، والفرع وهو المبذر البالغ .
ولما كان حكم الاصل هو عدم صحة بيع المجنون واقراره بالمال ، كان حكم الفرع كذلك فلا يصح بيع المبذر البالغ واقراره به أيضا لذلك .

(٧) حيث يقبل اقراره بالمال قطعا .
بجامع قبول الاقرار بما يوجب الحد والقصاص في كل من الاصل وهو الرشيد ، والفرع وهو المبذر البالغ .
ولما كان حكم الاصل صحة اقرار الرشيد بالمال ، كان حكم الفرع كذلك فيقبل اقرار المبذر به أيضا لذلك .

قلنا : العبد يقبل اقراره فى ذلك[٨] ، ثم لا يقبل[٩] تصرفه فى المال[١٠] ، ولان فى هذه الحقوق[١١] لا يتهم[١٢] ، وفى المال يتهم[١٣] ، ويخالف الرشيد ، فانه لا يمنع المال ، وهذا يمنع[١٤] لعدم رشده ، فلو نفذ بيعه واقراره بطل فائدة المنع.[١٥]

---

(٨) فى نسخة ((ب)) : بذلك . / أى بما يوجب عليه الحد والقصاص .

(٩) فى نسخة ((ب)) : ثم لا ينفذ .

(١٠) لقصور أهليته ، لقيام وصف الرق فيه . ومحله مالم يأذن له سيده بذلك .
أى فليست العلة التى ذكروا دائرة مع حكمها ، لانها تخلفت فى العبد حيث يقبل اقراره بما يوجب عليه الحد والقصاص ، ولا يقبل فى المال . أى والدوران شرط فى العلة الصحيحة فلا تصح بدونه . أنظر منهاج الوصول : جـ٣ ص ٦٥ .

(١١) وهى ما يوجب الحد والقصاص عليه .

(١٢) لانها تجر على نفسه الضرر باقامة الحد أو القصاص عليه فجاز اقراره به .

(١٣) لان المال محل للخيانة . ويجر بالاقرار به على نفسه نفعا فمنع من التصرف فيه بلا اذن .

وبهذا الفارق بين الاقرار بالمال والاقرار بما يوجب الحد والقصاص يبطل قياس احدهما على الآخر .

(١٤) أى المبذر .

(١٥) وهى صون ماله عن التلف فى غير مصلحة تعود عليه .

وهذا فارق بين الاصل والفرع فى قياسهم المبذر على الرشيد فى صحة الاقرار بالمال . والقياس مع الفارق باطل .

* مسألة (١٤١) : اذا بلغ[1] مصلحا لدينه وماله ، فسلم[2] اليه المال ، ثم بذر المال[3] ، حجر عليه. / ١٥٦ ى.

وقال أبو حنيفة : لا يحجر عليه[4].

---

(١) أى المحجور عليه .

(٢) فى نسخة ((ب)) : سلم. / بلا فاء . والصواب اثباتها .

(٣) أى ثانية بعد فك الحجر عنه .

أنظر : المختصر ص ١٠٥ . الام جـ٣ ص ٢١٩ . المنهاج ص ٥٩ وهل يعود الحجر عليه بنفس التبذير أم يعود بحكم القاضى وقيل يحجر عليه الاب والجد والوصى أيضا. أنظر شرح المحلى جـ٢ ص ٣٠٢ .

وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى جـ٢ ص ٢٩٤ . كشاف القناع جـ٣ ص ٤٤٠ . المغنى جـ٤ ص ٣٥٢ .

وبه يقول المالكية ، ويكون الحجر عليه عندهم هنا للحاكم دون الاب . أنظر : البلغة جـ٢ ص ١٤٠ . حاشية الدسوقى جـ٣ ص ٢٩٩ . شرح المنح جـ٣ ص ١٧٨ .

(٤) سقط لفظ (عليه) من نسخة ((ب)) .

وخالف فى ذلك الصاحبان . الا أن ابا يوسف قال يصير محجورا عليه بحكم القاضى ، وذهب محمد الى أنه يصير محجورا عليه بمجرد السفه .

الهداية جـ٨ ص ١٩٥ . وشرح العناية ص ١٩٦ . مجمع الانهر جـ٢ ص ٤٣٩ وانظر الدر المنتقى أيضا .

المبسوط جـ٢٤ ص ١٧٩ . التبيين جـ٥ ص ١٩٦ .

واما عند ابن حزم فان المبذر اذا كان بالغا لا يحجر عليه أصلا لكنه يبطل فعله فيما خالف فيه المباح أو الواجب فقط. أنظر المحلى جـ٩ ص ١٧٠ .

لنا : قوله عز وجل (ولا تؤتوا السفهاء أموالكم)(٥) وقوله(٦) (فان كان الذى عليه الحق سفيها أو ضعيفا أو لا يستطيع أن يمل هو فليملل وليه)(٧) فأثبت عليه ولاية . وروى أنس(٨) أن رجلا كان على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم(٩) كان يبتاع وفى عقدته ضعف(١٠)، فأتى أهله نبى الله صلى الله عليه وسلم.

فقالوا : احجر على فلان ، فانه يبتاع وفى عقدته ضعف ، فنهاه عن البيع(١١)،

---

(٥) زاد فى نسخة ((ب)) : التى جعل الله لكم قياما . / سورة النساء آية رقم / ٥
وجه الدلالة : انه اطلق المنع من اعطاء السفهاء الاموال سواء انقطع سفههم ثم عاد أم لم ينقطع .

(٦) فى نسخة ((ب)) : وقوله تعالى .

(٧) سورة البقرة . آية رقم / ٢٨٢ .
وجه الدلالة : اثبات الولاية فى الآية على السفهاء مطلقا . وهو وصف صادق على من عاوده السفه بعد زواله عنه .

(٨) أنظر ترجمته فى المسألة رقم (٢٨) هامش (٤) .

(٩) فى نسخة ((ب)) : على عهد النبى .

(١٠) أى فى رأيه ونظره فى مصالح نفسه . النهاية جـ٣ ص ٢٧٠ .

(١١) رواه أبو داود جـ٣ ص ٢٨٢ كتاب البيوع ، باب فى الرجل يقول فى البيع لا خلابة . رقم / ٣٥٠١
ورواه الترمذى جـ٣ ص ٥٥٢ كتاب البيوع ، باب ماجاء فيمن يخدع فى البيع . رقم / ١٢٥٠ ثم قال : حديث أنس حديث حسن صحيح غريب . أهـ.
ورواه النسائى جـ٧ ص ٢٥٢ . باب الخديعة فى البيع.
ورواه ابن ماجه . جـ٢ ص ٧٨٨ . كتاب الأحكام ، باب الحجر على من يفسد ماله .
وقد صححه ابن حزم أيضا . أنظر المحلى جـ٩ ص ١٩٩ .

فلو لم يجـز (١٢) لا نكر عليهم (١٣)، وروى ان عبد الله بن جعفر (١٤) اشترى ضيعة (١٥) بستين الفا ، فقال عثمان : مايسرني أن تكون لي بنعلي ، فقال لعلي : الا تأخذ على يد ابن أخيك وتحجر عليه ، اشترى سبخة (١٦) بستين الفا ، مايسرني انها لي بنعلي ،

---

(١٢) أي الحجر على السفيه أو المبذر بعد البلوغ وهو من فى عقدته ضعف كما في الاثر المذكور.

(١٣) أي سؤالهم الحجر عليه .

قلت : لكن تمام الحديث يمنع هذا المعنى ، فقد قال بعد قوله : فنهاه عن البيع : يانبي الله اني لا أصبر عن البيع ، فقال صلى الله عليه وسلم : اذا بعت فقل : لا خلابة. أهـ هكذا هو فى لفظ النسائي جـ٧ ص٢٥٢.

وقد قال ابن حزم : رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يلتفت الى قولهم : احجر عليه . ولا حجر عليه ولا منعه من البيع ، بل جعل له الخيار فيما اشترى ثلاثا ، وامره ان لا يبايع الا ببيان ان لا خلابة .أهـ المحلى جـ٩ ص٢٠٠.

(١٤) هو عبد الله بن جعفر بن أبي طالب الهاشمي ، أول من ولد بالحبشة للمهاجرين ، كان جوادا كريما ، وكان يسمى البحر ، لجوده ، ومن سخائه انه اسلف الزبير الف الف درهم ، فلما توفي الزبير، جاء ابنه عبد الله الى ابن جعفر وقال له : انى وجدت فى كتب أبي ان له عليك الف الف درهم ، قال : هو صادق ، فاقبضها اذا شئت ، ثم وجده ، فقال : وهمت ، المال لك عليه ، فقال : لا اريد ذلك ، توفي سنة ثمانين . أنظر الخلاصة ص١٩٣.

(١٥) بفتح الضاد المعجمة المشددة فسكون الياء ، وهى العقار، والجمع : ضياع بكسر أوله ، وضيع بكسر ففتح ، كبدرة وبدر، وتصغيرها : ضييعة ، لا : ضويعة.

قال الازهري : الضيعة عند الحاضرة : النخل والكرم والارض . والعرب لا تعرف الضيعة الا الحرفة والصناعة . أهـ أنظر المختار ص٣٨٦.

(١٦) فى نسخة ((ب)) : اشترى ضيعة ./ والسبخة بفتح السين المهملة وكسر الباء أي ذات ملح ونز ، بفتح النون وكسر، فزاي مشددة ، وهو ما يتحلب من الماء. أنظر المختار ص ٢٨٢ و ص ٦٥٤.

فجاء علي الى عثمان ليحجر عليه (١٧)، فقال الزبير: أنا شريكه (١٨)، فقال عثمـــان: كيف احجر على من شريكه الزبير (١٩)، ولانه مبذر لماله فيما لا يجـــوز فمنـــع

---

(١٧) أى على ابن أخيه عبد اللهبن جعفر بن أبى طالب .
أنظر ترجمة على بن أبى طالب فى المسألة رقم (٤٠) هامش (١١) .
وأنظر ترجمة عثمان بن عفان فى المسألة رقم (١) هامش (٣٨) .

(١٨) أى فى هذه الصفقة . وأراد بذلك منع الحجر عليه ،لأن ضعيف الـرأى اذا انضم اليه ذو رأى زال به خطر ضياع مالهفلا يحجر عليه لذلك .

(١٩) رواه الشافعى فى الأم جـ٣ ص٢٢٠ باب الخلاف فى الحجر ، من طريـــق محمد بن الحسن - قال- أو غيره من أهل الصدق فى الحديث ،أو همــــا عن يعقوب بن ابراهيم - يعنى أبا يوسف صاحب أبى حنيفة أيضا - عن هشام ابن عروة عن أبيه قال : ابتاع عبد الله بن جعفر بيعا فقال على رضى الله عنه لا تين عثمان فلأحجرن عليك ،فأعلم بذلك ابن جعفر، قال الزبير: انا شـريكك فى بيعك ،فأتى علي عثمان فقال : احجر على هذا ، فقال الزبــــير: انا شريكه - فقال عثمان : احجر على رجل شريكه الزبير . أهـ .
ورواه البيهقى أيضا جـ٦ ص٦١ باب الحجر على البائعين بالسفه ، مـــن طريق أبى يوسف أيضا بنحوه .
وذكر فى التلخيص جـ٣ ص٤٣ رقم/١٢٤٥ انه روى أيضا من طريق الزبـــيرى المدنى القاضى عن هشام نحوه .
وروى أيضا من طريق أبى عبيد عن عفان عن حماد بن زيد عن هشام ابن حسان عن ابن سيرين قال قال عثمان .الخ . ولم يصف واحدا منها بضعف ،وكـــذا لم يضعفه صاحب الجوهر النقى .
واما الزبير : فهو ابن العوام بن خويلد بن اسد بن عبد العزى بن قصـــى ابن كلاب الأسدى .
حوارى رسول الله صلى اللهعليهوسلم وابن عمته صفية بنت عبد المطلـــــب، واحد العشرة السابقين المشهود لهم بالجنة ،واحد الستة أصحـــاب =

المال ، كما لو بلغ مبذرا [٢٠]، ولا نه مال يخشى ضياعه فى غير وجهه ،فجاز للحافظ أن يحفظه ، كما لو وجد مال غيرهفى مضيعة [٢١]،أو وجد الحاكم مال اليتيم فى يد

= الشورى الذ ين انتخبهم عمر للتشاور فى شأن الخليفة من بعد ه ،كان رضى الله عنه طويلا تخط رجلاه الارض اذا ركب ،اسلم وهو ابن اثنتى عشرة سنة وقيل ثمان ،وهو أول من شهر سيفا فى سبيل الله ، وذلك ان اشاعة سرت فى الناس أن النبى صلى الله عليه وسلم وهو بمكة قد قتل ،فخرج شاهرا سيفه فى الناس يتقصى الخبر ،فالتقاه باعلى مكة. وعن جابر قال : قال لى النبى النبى صلى الله عليه وسلم يوم بنى قريظة : من يأتينى بخبر القوم ، فانتدب الزبير ، فقال النبى صلى الله عليه وسلم : ان لكل نبى حوارى وحواريى الزبير . أهـ وكان عمر يقول : الزبير ركن من اركان الدين .أهـ وكان للزبير الف مملوك يؤدون اليه الخراج ،وكان لا يدخل بيته منها شئ ، يتصدق به كله .
خرج لقتال علي يوم الجمل ،فذكره علي بقول النبى صلى الله عليه وسلم له : انك تقاتل عليا وانت ظالم له . فقال الزبير: لم اذكر ذلك الا الآن ،فانصرف فتبعه عمرو بن جرموز فطعنه من خلفه فقتله بوادى السباع قرب البصرة ، كان ذلك سنة ست وثلاثين . أنظر الخلاصة ص١٢١ . الاصابة جـ١ ص ٥٤٥ ، رقم / ٢٧٨٩ .

(٢٠) حيث يستمر الحجر عليه .
بجامع التبذير فى المال فى كل من الاصل وهو من بلغ مبذرا ،والفرع وهو من بلغ رشيدا ففك عنه الحجر ثم طرأ عليه السفه .
ولما كان حكم الاصل هو منع المال عمن بلغ مبذرا ،كان حكم الفرع كذلك فيمنع المال عمن طرأ عليه السفه بعد بلوغه أيضا لذلك .

(٢١) على وزن معيشة ،أى فى مكان معرض فيه للهلاك . أنظر المختار ص٣٨٦ .
حيث يجوز للحافظ انتشاله من المضيعة .

الوصى وهو مفرط فيه (٢٢) ، ولان الصبى حجر عليه لانه لا يكل لحفظ المال ، وربما ضيع ، فالمبذر أولى بذلك (٢٣) .

قالوا : بالغ عاقل فلا يحجر عليه فى ماله ، كغير المبذر (٢٤) والمنفق للمال فى لبس الناعم واكل الطيب (٢٥) .

قلنا : غير المبذر لا يمنع المال اذا بلغ ، وهذا (٢٥) يمنع المال ، (٢٦) والمنفق

---

(٢٢) حيث يجوز للحاكم انتزاع المال منه لئلا يضيع على الصبى .
والجامع فى القياس المذكور هو أن كلا مال يخشى ضياعه ، اما الاصل فهو مالو وجد مال غيره فى مضيعة أو وجد الحاكم مال اليتيم فى يد الوصى وهو مفرط فيه ، واما الفرع فهو مالو بلغ ثم طرأ عليه السفه .
ولما كان حكم الاصل جواز أخذ الحافظ والحاكم المال ممن يضيعه ، كان حكم الفرع كذلك فيجوز الحجر على البالغ اذا طرأ عليه السفة أيضا لذلك .

(٢٣) لاشتراكهما فى علة الحكم ، وهى احتمال تضيعهما للمال .
ووجه الالوية فى المبذر البالغ : انه تكثر مصارف المال عنده ، لتنوع وكثرة شهواته ولا كذلك الصبى .

(٢٤) حيث لا يحجر عليه أيضا .

(٢٥) أى وان كان ممن لا يليق به ذلك الطعام وذلك اللباس لانه مما اباحه الله تعالى .
بجامع ان كلا بالغ عاقل ، اما الاصل فغير المبذر من البالغين والمنفق ماله فى لبس الناعم واكل الطيب ، واما الفرع فهو المبذر البالغ .
ولما كان حكم الاصل عدم جواز الحجر عليه به ، كان حكم الفرع كذلك فلا يجوز الحجر على المبذر البالغ أيضا لذلك .

(٢٥) أى المبذر .

(٢٦) لانه ينفقه فى غير محله فيضيع عليه خاصة وعلى الامة عامة .
أى فلا يصح قياس احدهما على الاخر ، للفارق المذكور بينهما .

في لبس الناعم ينفق في مباح ، قال الله تعالى (٢٧) : (قل من حرم زينة الله التي أخرج لعباده والطيبات من الرزق (٢٨)) وهذا (٢٩) ينفق في حرام ، فلهذا قال : (ان المبذرين كانوا اخوان الشياطين (٣٠)) .

قالوا : اذا لم يحجر عليه في الاقرار بما يوجب الحد والقصاص ففي المال أولى (٣١) .

قلنا : غير مبذر (٣٢) لنفسه (٣٣) وهذا مبذر لماله فحجر عليه فيه ، ولان المريض (٣٤)

---

(٢٧) في نسخة ((ب)) : قال الله تبارك وتعالى .

(٢٨) سورة الاعراف آية رقم / ٣٢ .

وجه الدلالة : تصدير الاية بصيغة الاستفهام الانكاري على من يمنع التمتع بالطيب من الرزق .

(٢٩) يعني المبذر ماله .

(٣٠) سورة الاسراء آية رقم / ٢٧ .

وجه الدلالة : وصف المبذرين باخوتهم ومشابهتهم للشياطين تقبيحا لفعلهم للتنفير منه .

أي فصح ان بين الاصل والفرع في قياسهم المبذر على غير المبذر في منع الحجر عنه فارقا ، فيبطل به .

(٣١) وجه الاولوية : ان الاقرار بالمال أخف خطرا من الاقرار بما يوجب الحد أو القصاص فان الاقرار بالاخير يوجب الضرر في النفس ، ولا كذلك الاقرار بالمال . فاذا منع من الحجر عليه في الاقرار بالاثقل ، فالمنع من الحجر عليه في الاقرار بالاخف أولى .

(٣٢) في الاصل : غير المبذر لنفسه ، ومبذر لماله . . الخ . / قوله : غير مبذر . . الخ صفة لموصوف محذوف تقديره : المقر بما يوجب عليه الحد والقصاص غير مبذر لنفسه .

(٣٣) أي في الاقرار بما يوجب حدا أو قصاصا . أي بل يصونها عن مثل ذلك عادة ، ولهذا لم يحجر عليه فيه .

(٣٤) أي مرضا مخوفا أو غير مخوف .

لا يحجر عليه في الحدود والقصاص [٣٥]، ويحجر عليه في المال [٣٦].

قالوا : لو حجر عليه للتبذير [٣٧] لحجر عليه للفسق [٣٨] كما قلتم في الابتداء [٣٩].

قلنا : على قول أبي العباس [٤٠] يحجر للفسق ، وعلى قول أبي اسحاق [٤١] لا يحجر ، لان الحجر للفسق لخوف التبذير ، فاذا بلغ فاسقا تيقنا الحجر [٤٢]، ونحن نشك في اصلاحه للمال ، فلا نزيل اليقين [٤٣] بالشك [٤٤]، واذا بلغ رشيدا ثم فسق تيقنا زوال الحجر [٤٥]، فلا يحجر عليه بالشك [٤٦]، والتبذير سبب للحجر

---

(٣٥) أي فيصح اعترافه بما يوجبها . لان الاقرار بها يوجب حكما يتعلق بنفس المريض . فصح اعترافه بها لانه لا يتهم في ذلك ، وليس فيه تفويت حق الغير .

(٣٦) لانه متهم في الاقرار به للغير ، اذ يفوت به حق الورثة .

(٣٧) أي الطارئ عليه بعد الرشد .

(٣٨) في نسخة ((ب)) . لحجر للفسق . / أي الطارئ عليه بعد العدالة .

(٣٩) أي حيث أوجبتم عليه الحجر اذا بلغ فاسقا ابتداء .

(٤٠) هو أبو العباس ابن سريج ، أنظر ترجمته في المسألة رقم (١٠٣) هامش (٥٢) .

(٤١) هو المروزي . أنظر ترجمته في المسألة رقم (٢٧) هامش (٢٢) .

(٤٢) أي استرار الحجر عليه .

(٤٣) وهو بقاء الحجر عليه .

(٤٤) وهو احتمال اصلاحه للمال .

(٤٥) أي بسبب الرشد فيه .

(٤٦) وهو احتمال تبذيره للمال بفسقه .

بعينه ، (٤٧) وقد تيقن وجوده فى الحالين (٤٨) فحجر به (٤٩) .

---

(٤٧) أى أن التبذير هو الباعث على الحجر لمنع تبديد المال فى غير محلـــه فاذا وجد تيقنا وجوبه .

ولا كذلك الفسق فانه محل للتبذير ، فكان الحجر به على جهة الاحتيـــاط لان احتمال التبذير بالفسق راجح فعمل به .

(٤٨) أى فى حال ما اذا بلغ مبذرا أو طرأ عليه التبذير .

(٤٩) أى بسببه ، والضمير عائد الى التبذير .

" مسائل الصلح (*) "

مسألة (١٤٢) : لا يجوز الصلح على الانكار (١) . / ١٥٦ ش .

(*) الصلح مشتق من الصلاح وهو ضد الفساد ، وبابه دخل ، وعن الفراء جواز ضم اللام فيه أيضا .

والصلح من الالفاظ التي يصح فيها التذكير والتأنيث ، أنظر المختار ص٣٦٧ .

وفي القاموس جـ١ ص ٢٣٥ : والصلح - بالضم - السلم - بكسر فسكون - ويؤنث . أهـ

فهو في اللغة قطع النزاع .

وفي الشرع : عقد يحصل به قطع النزاع بين المتخاصمين .

وهو أنواع :

الأول : صلح بين المسلمين والكفار .

الثاني : صلح بين الامام والبغاة .

الثالث : صلح بين الزوجين عند الشقاق .

الرابع : صلح في المعاملة . وهو المقصود هنا في البيوع .

ثم الصلح في المعاملة على قسمين :

القسم الأول : يجري بين المتداعيين . وهو نوعان :

النوع الأول : صلح على اقرار .

النوع الثاني : صلح على انكار .

القسم الثاني : يجري بين المدعي والاجنبي . أنظر مغني المحتاج جـ٢ص١٧٧ .

والاصل في مشروعية الصلح : قول الله تعالى (والصلح خير) سورة النساء آية / ١٢٨ .

ومن السنة قول النبي صلى الله عليه وسلم (الصلح جائز بين المسلمين الا صلحا أحل حراما أو حرم حلالا) رواه أبو داود جـ٣ ص ٣٠٤ كتاب الأقضية ، باب الصلح . رقم / ٣٥٩٤ . عن أبي هريرة ، والاستثناء فيه من طريق أحمد بن عبد الاحد الدمشقي .

قال المنذري : في اسناده : كثير بن زيد أبو محمد الاسلمي مولاهم المدني =

....

= قال ابن معين : ثقة ،
وقال مرة : ليس بشيء . وقال مرة : ليس بذاك القوى . وتكلم فيه غيره . أهـ
مختصر سنن أبى داود جـ٥ ص ٣٤٤٩ .
ورواه الدارقطنى أيضا جـ٣ ص ٢٧ كتاب البيوع رقم / ٩٧ عن أبى هريرة مرفوعا :
الصلح جائز بين المسلمين . أهـ ولم يتعقبه فى التعليق المغنى عليه ، وسنده
كالآتى :
ثنا أبو عبد الله الفارسى من أصل نا عبد الله بن الحسين المصيصى ، نا عفان
نا حماد بن زيد عن ثابت عن أبى رافع عن أبى هريرة مرفوعا . أهـ.
وقد اجمعت الامة على مشروعيته أيضا . أنظر مغنى المحتاج جـ٢ ص ١٧٧ .
قلت : لكن قال ابن حزم : لا اجماع فى الصلح ، لان الشافعى وغيره يقول :
لا يجوز الصلح أصلا الا بعد الاقرار بالحق ، . . . وذكر بعض الناس عن
أحمد بن حنبل أن الصلح بعد الاقرار ليس صلحا وانما هو هضما للحق . أهـ
المراتب ص ٦٠ .
وتدخل على والباء على المأخوذ ، وتدخل من وعن على المتروك فى المصالحة
وتقول : صالحه عن كذا وعلى كذا .
(١) وصورته ان يدعى شخص على آخر ان هذه السلعة له ، فينكر المدعى عليه
ذلك لعدم علمه به ، فيصطلحان على بعضها أو بعض ثمنها فضا للنزاع
بينهما . هذه الصورة انكر الشافعى جواز الصلح فيها ، أنظر المسألة فى :
المختصر ص ١٠٥ و ص ١٠٦ . الام جـ٣ ص ٢٢١ . المنهاج ص ٦٠ ، ومحل
بطلانه : اذا صالحه على نفس ما يدعيه عليه ، واما المصالحة على بعضه
فالاصح بطلانه أيضا .
وهو قول ابن حزم : المحلى جـ٨ ص ٦٠٩ .

وقال أبو حنيفة : يجوز.(٢)

لنا : هو انه مال(٣) أخذه بغير حق ، فلا يملك(٤) ، كما لو صالح منه بعد اليمين ، أو صالح عن حد القذف على مال ، أو باع مال غيره ، أو باع خمرا أو خنزيرا(٥) ، والدليل على الوصف(٦) : انه(٧) لا يخلو اما أن يكون عوضا عن المال أو عن اليمين أو عن الدعوى والخصومة ، ولا يجوز(٨) أن يكون عن المال ، لأنه

---

(٢) الهداية جـ٩ ص ٣٧٧ . التبيين جـ٥ ص ٣٠ . مجمع الانهر جـ٢ ص ٣٠٨ .

وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى جـ٢ ص ٢٦٣ . كشاف القناع جـ٣ ص ٣٨٥ المغنى جـ٤ ص ٣٥٧ .

وبه يقول المالكية : الشرح الصغير جـ٢ ص ١٤٦ . الجواهر جـ٢ ص ١٠٣ . شرح المنح جـ٣ ص ٢٠٦ .

(٣) فى نسخة ((ب)) : هو انه أخذه بغير حق .

(٤) فى نسخة ((ب)) : فلا يملكه .

(٥) حيث لا يملك المال الناتج عن العقود المذكورة كلها فى قوله : كما لو صالح .. الخ بجامع انه مال أخذه بغير حق ، فى كل من الاصل وهو المال الناتج عن العقود المذكورة ، والفرع وهو مال لو صالح على انكار.
ولما كان حكم الاصل عدم امتلاك المال بالعقود المذكورة كان حكم الفرع كذلك فلا يملك المال الناتج عن المصالحة على الانكار أيضا لذلك.

(٦) أى العلة الجامعة بين الاصل والفرع فى القياس المذكور.

(٧) المال المتحصل من الصلح على الانكار.

(٨) فى نسخة ((ب)) : فلا يجوز.

لم يثبت له فيه (٩) ملك ، ولا يد تصرف ، ولا يجوز أن يكون (١٠) عن اليمين (١١) لانه لو كان عن (١٢) اليمين لجاز أن يعود (١٣) بعد الصلح الى الدعوى واقامة البينة (١٤) كما يجوز بعد اليمين ، ولا يجوز أن يكون عن الخصومة (١٥) والدعوى (١٦) ، فانه لو كان

---

(٩) سقط لفظ (فيه) من نسخة ((ب)) .

(١٠) أي الصلح على الانكار.

(١١) أي بدلا عن اليمين .

(١٢) في نسخة ((ب)) : على اليمين .

(١٣) أي المدعي .

(١٤) أي اذا وجد البينة على دعواه بعد الصلح ، أي والحال انه لا يجوز له ذلك في الصلح بخلاف اليمين .

(١٥) أي بدلا عنها وعن الدعوى بمعنى أن يكون اعطاء المال في مقابل اسقاط الخصومة عنه تقول خاصم فلان فلانا فخصمه من باب ضرب ، أي غلبه في الخصومة . وهو شاذ ، والقياس أن يكون من باب نصر ، أنظر المختار ص ١٧٧ .
والخصومة بضم الأول والثاني : الجدل ، تقول : رجل خصم ، بفتح فكسر أي مجادل ، والجمع خصمون . والخصيم هو المخاصم وجمعه خصماء - كوزراء - وخصمان ، كلقمان .
أنظر القاموس جـ٤ ص ١٠٧ .

(١٦) مقصورة ، تقول : ادعى فلان كذا : أي زعم أنه له ، حقا كان زعمه أو باطلا ، والاسم منه : الدعوة والدعاوة ويجوز كسر الدال المهملة فيهما .
أنظر القاموس جـ٤ ص ٣٢٨ .

لذلك[١٧] لصح الصلح فى النكاح والقذف[١٨] لان الدعوى فيهما تصح[١٩] ، ولان المدعى عليه عاوض عن ملكه ، فلايجوز[٢٠] ، كما لو اشترى ماله من وكيله[٢١] .

والدليل على الوصف[٢٢] : انه لا ينتزع من يده[٢٣] ، ولا يمنع من التصرف فيه[٢٤] ،

---

(١٧) فى نسخة ((ب)) : لو كان كذلك . / أى بدلا عن الخصومة أو الدعوى .

(١٨) أى لصح الصلح فى النكاح والقذف على الانكار فيهما ، والحال انه لا يصح فيهما أصلا .
وانما يعتمد فيهما على البينة ، والا لانفتح بالصلح فيهما باب الفساد فى الاعراض .

(١٩) أى فدل عدم جواز الصلح على الانكار فى النكاح والقذف وان صحت فيهما الدعوى على أن المال فى الصلح على الانكار ليس بديلا عن الدعوى .

(٢٠) لانه يكون مشتريا مال نفسه ، أى يكون متوليا طرفى عقد البيع ، والبيع يقتضى بائعا ومشتريا ومبيعا وثمنا ، فاذا انتفى ركن من هذه الأربعة فلا بيع .

(٢١) حيث لا يجوز ذلك لان الوكيل ليس مالكا لذلك المال .
بجامع المعاوضة عن الملك فى كل من الاصل وهو مالو اشترى مال نفسه من وكيله ، والفرع وهو مالو صالح على الانكار .
ولما كان حكم الاصل عدم جواز شراء المالك مال نفسه من وكيله ، كان حكم الفرع كذلك ، فلايجوز المصالحة على الانكار أيضا لذلك .

(٢٢) أى العلة ، وهى ان المدعى عليه يعاوض عن ملك نفسه فى الصلح على الانكار .

(٢٣) أى لا ينتزع المال المدفوع فى الصلح على الانكار من يد المدعى عليه بدون صلح فدل على أنه يعاوض ملكه بملكه .

(٢٤) أى وهذه خصائص المال المملوك .

ولانه صلح لا تثبت به الشفعة فى الشقص (٢٥) المأخوذ به (٢٦) ، فكان باطلا (٢٧) (٢٨) ، كالصلح على خمر وخنزير (٢٩) ، وعكسه الصلح على الاقرار. (٣٠)

قالوا : لم يثبت كذبه فيما يدعيه (٣١) ، فجاز أن يأخذ العوض، (٣٢)

---

(٢٥) أى الصلح على الانكار.

(٢٦) بكسر فسكون وهو القطعة من الارض ، والطائفة من الشئ . أنظر المختار ص ٣٤٣ .

والمقصود به هنا النصيب الذى باعه الشريك .

(٢٧) أى بالصلح على الانكار.

(٢٨) لان الشفعة انما تثبت فى العين المأخوذة بالصلح على الاقرار ، لكونه بيعا بلفظ الصلح ، فتثبت فيه أحكام البيع كالشفعة والرد بالعيب و منع تصرف المدعى فى المصالح عليه قبل قبضه ، واشتراط التقابض ان اتفق المصالح عنه والمصالح عليه فى علة الربا ، وكذا اشتراط التساوى فيما كان جنسا ربويا ، واشتراط القطع فى بيع الزرع الأخضر وجريان التحالف عند الاختلاف وفساد الصلح بالغرر فى المصالح عليه ، وكذا بالشرط الفاسد ونحو ذلك من أحكام البيع . أنظر مغنى المحتاج جـ٢ ص١٧٧ .

(٢٩) حيث لا يصح الصلح عليهما قطعا .

بجامع سقوط الشفعة فى الشقص المأخوذ به فى كل من الاصل وهو مالو صالحه على خمر أو خنزير ، والفرع وهو مالو صالحه على الانكار.

ولما كان حكم الاصل بطلان الصلح على الخمر والخنزير ، كان حكم الفرع كذلك فلا يصح الصلح على الانكار أيضا لذلك .

(٣٠) حيث تثبت به الشفعة فى الشقص المأخوذ به لأنه بيع بلفظ الصلح ، فيأخذ أحكامه ، كما ذكرنا فى الهامش رقم (٢٨) .

(٣١) أى فيجوز أن يكون صادقا فيما ادعاه .

(٣٢) لاحتمال أن يكون صادقا فى دعواه .

كما لو أقرله ،[٣٣] أو باع مالا في يده ، ذكر أنه ورثه ،[٣٤] أو وكله مالكه في بيعه ،[٣٥] أو صالح أجنبيا .[٣٦]

قلنا : ان لم يثبت كذبه لم يثبت أيضا صدقه ، فصار كما لو ثبت كذبه ،[٣٧] ويخالف اذا اقر ، بان هناك[٣٨] ثبت ملكه على المعوض ،[٣٩] فيأخذ[٤٠] العوض

---

(٣٣) أي بصحة دعواه ، حيث يجوز له أخذ ماصالحه عليه قطعا .
أي فلا يصح قياس الصلح على الانكار على مالو أقرله المدعى عليه للفارق المذكور .

(٣٤) حيث يصح منه ذلك البيع ، لان الظاهر معه ، وليس هناك ماينفيه عنه مع احتمال كذبه في ذلك .

(٣٥) حيث يجوز له بيعه مع احتمال كذبه في ذلك أيضا .

(٣٦) أي أو صالح المدعي شخصا آخر غير المدعى عليه ، على الانكار ، حيث يصح منه ذلك .
والجامع في القياس المذكور هو عدم ثبوت الكذب فيما يدعيه في كل من الاصل وهو مالو أقر المدعى عليه للمدعي بحقه ، أو باع مالا في يده ذكر انه ورثه ، أو وكله مالكه في بيعه أو صالح اجنبيا ، والفرع وهو مالو صالح على الانكار .
ولما كان حكم الاصل جواز أخذ العوض فيه ، كان حكم الفرع كذلك فيجوز أخذ العوض في الصلح على الانكار أيضا لذلك .

(٣٧) حيث لا يعطى العوض حينئذ ، وذلك تغليبا لجانب السلب على الايجاب حفظا للمال من تصرف غير المالك فيه .

(٣٨) في نسخة ((ب)) : فان هناك . / والاشارة عائدة الى حال الصلح على الاقرار .

(٣٩) في نسخة ((ب)) : على العوض . / وهو تحريف .

(٤٠) في نسخة ((ب)) : فأخذ .

بحق (٤١)، وهاهنا (٤٢) أخذه بباطل (٤٣)؛ واذا باع مالا وذكر انه ورثه أو وكل (٤٤) في بيعه فيحتمل وجهين (٤٥)، فان سلم (٤٦) فلان هناك (٤٧) يدا تدل على الملك والتصرف، فملك به أخذ البدل (٤٨)، وليسها هنا (٤٩) مايدل على الملك والتصرف، (٥٠) واما اذا صالح عنه أجنبي (٥١) فانه لا يصح الا أن يقول: أقرلي (٥٢) في الباطن، (٥٣)

---

(٤١) سقط قوله (بحق) من نسخة ((ب)) .

(٤٢) أي في حال الصلح على الانكار.

(٤٣) لانه لم يثبت حقه فيه ببينة أو اقرار فكان دفع المال فيه من غير مقابل .

(٤٤) في نسخة ((ب)) : أو وكله .

(٤٥) أي صحة العقد أو عدمه ، والمذهب انه ان صدقه صح له التعاقد معه . أنظر المنهاج ص ٦٦ .

(٤٦) في نسخة ((ب)) : وان سلم . / أي بصحة البيع .

(٤٧) أي فيما لو باع مالا في يده ، ادعى انه ورثه ، أو وكله مالكه في بيعه .

(٤٨) لان الحكم للظاهر حتى يثبت ماينقضه ، والظاهر ان المال الذي في يده وتحت تصرفه ملك له ، حتى يثبت خلافه .

(٤٩) أي في حال انكار المدعي عليه مايدعيه المدعي .

(٥٠) لان المال في يد وتحت تصرف المدعي عليه ، والظاهر معه ، فيحكم له به حتى يأتي المدعي ببينة تثبت ان له فيه حقا ، فنخرجه به عن الظاهر .

أي فبطل قياسهم الصلح على الانكار على مالو باع مالا في يده ذكر انه ورثه للفارق المذكور بينهما .

(٥١) أي عن المدعي عليه .

(٥٢) فعل ماض ، فاعله المدعي عليه ، وقائل ذلك هو الأجنبي .

(٥٣) أي فيما بيني وبينه .

ووكلني في الصلح ، (٥٤) وأنا أعلم انك صادق (٥٥) ، وأقدر على أخذ ذلك منه (٥٦) ، لانه قد ثبت صدقه فيما يدعيه في حق المصالح (٥٧) ، ولهذا لو ملك الأجنبي ذلك (٥٨) قبل الصلح لزمه رده اليه (٥٩) ، وهاهنا (٦٠) لم يثبت صدقه (٦١) .

قالوا : اسقاط حق ، فصح مع الانكار ، كالطلاق والعتق (٦٢) والابراء (٦٣) .

---

(٥٤) في نسخة ((ب)) : أو أنا أعلم .

(٥٥) أي فيما ادعيته عليه .

(٥٦) أي من المدعى عليه .

(٥٧) باسم الفاعل ، أي وبهذه القيود جاز للمدعي أخذ المال من الأجنبي .

(٥٨) أي المال الذي وقع عليه الصلح . أي لو ملكه من غير جهة المدعي .

(٥٩) أي الى المدعي ، لان الاجنبي حينئذ يكون مقرا بأن المال للمدعي .

(٦٠) أي في حال الصلح على الانكار .

(٦١) لان المدعي عليه لم يقر له به .
أي فبطل قياسهم الصلح على الانكار على مالو صالح عن المدعى عليه أجنبي للفارق المذكور بينهما .

(٦٢) في نسخة ((ب)) : والعتاق .

(٦٣) أي من الدين حيث تصح هذه التصرفات مع انكار الزوجة والعبد والمدين .
بجامع ان كلا اسقاط حق ، اما الاصل فهو الطلاق والعتق والابراء واما الفرع فهو الصلح .
ولما كان حكم الاصل صحة الطلاق والعتاق والابراء مع الانكار ، كان حكم الفرع كذلك فيصح الصلح مع الانكار أيضا لذلك .

قلنـــا : بـل (٦٤) معاوضة وبيع ، ولهذا يفتقر الى الايجاب والقبول ، ويعتـبر فيه ما يعتبر فى البيوع من نفى الربا والجهالة عن البدل ، ويثبت فيه الشـفعة ويأخذ الشفيع بقيمة البدل ، بخلاف ماقاسوا عليه ، (٦٥) ثم الطلاق والعتـاق والابراء لا يحكم بثبوته فى الحقيقة وانما نقول : انه أقر على نفسه بأن له حقـا أسقطه ، (٦٦) فقبلنا اقراره فى حق نفسه ، (٦٧) وفى الصلح يريد (٦٨) أن يأخذ عليـه العوض من غيره ، (٦٩) فهو كالخلع مع الانكار . والكتابة مع الانكار (٧٠) .

---

(٦٤) فى نسخة ((ب)) : .. بل هو ./ والضمير عائد الى الصلح .

(٦٥) ان لا يثبت فيه شئ من ذلك ، أى والقياس مع الفارق باطل .

(٦٦) أى عن المرأة بالطلاق ، وعن العبد بالعتق وعن المدين بالابراء .

(٦٧) فى نسخة ((ب)) : فى حق نفقته ./ وهو تحريف . وانما قبلناه فـى حق نفسه لانه لا يتهم بجلب الضرر على نفسه فى الاقرار بالطـلاق والعتق والابراء . فوافق ظاهر الحال .

(٦٨) فى الاصل (يزيد) بالزاى وهو تصحيف ، والصواب ما أثبتناه من نسخة ((ب)) . وفاعل الارادة هو المدعى .

(٦٩) وهو المدعى عليه .
أى ولا كذلك فى الطلاق والعتق والابراء ، والقياس مع الفارق لا يصح .

(٧٠) حيث لا يجوز للزوج أخذ بدل الخلع مع انكار الزوجة انها طلبت منـه المخالعة ، وكذا لا يجوز للسيد أخذ بدل الكتابة من العبد مع انكـار العبد طلب المكاتبة من سيده .
بجامع أخذ العوض من الغير فى كل من الاصل وهو الخلع والكتابة مع الانكار ، والفرع وهو الصلح مع الانكار .
ولما كان حكم الاصل هو عدم جواز أخذ العوض عن الخلع وعن الكتابة مع انكار الزوجة وانكار العبد المطالبة به ، كان حكم الفرع كذلك ، فلا يصح أخذ العوض فى الصلح مع انكار المدعى عليه أيضا لذلك .

قالوا : معنى وضع لاسقاط الخصومة ، فصح مع الانكار ، كاليمين. (٧١)

قلنا : لو كان كاليمين لم يصح مع الاقرار، (٧٢) ولان اليمين جعلت (٧٣) للتحقيق ،
فاحتيج اليها لتحقيق الانكار (٧٤) والصلح للاعتياض، (٧٥) ولا وجه له مع الانكار. (٧٦)

قالوا : الصلح لا يكون الا بعد الخصومة ، فكان مع الانكار اجوز. (٧٧)

---

(٧١) حيث يصح مع انكار المدعى عليه .
بجامع ان كلا معنى وضع لاسقاط الخصومة ، اما الاصل فهو اليمين ، واما الفرع فهو الصلح .

ولما كان حكم الاصل صحة اليمين من المدعى عليه لانكاره وعدم وجود بينة من المدعى على دعواه ، كان حكم كذلك فيصح الصلح من المدعى عليه مع انكاره لتلك الدعوى أيضا لذلك .

(٧٢) لان اليمين لا تصح مع اقرار المدعى عليه بصحة الدعوى ، أى والاصل في العلة أن تكون مضطردة تدور مع الحكم حيث دار، وهى هاهنا متخلفة في الاصل المقيس عليه وهو اليمين في حال الاقرار حيث لا تصح فيه ومتحققة في الصلح مع الاقرار ، فكانت العلة منقوضة ، فيبطل القياس بها .

(٧٣) فى نسخة ((ب)) : جعل .

(٧٤) أى ليتقوى بها جانب المنكر.

(٧٥) أى لطلب العوض عن الحق الذى للمدعى على المدعى عليه ، أو عن بعض حقه ، فلم يصح قياس الصلح على اليمين للفارق المذكور بينهما .

(٧٦) لان الانكار يراد للاسقاط ، والصلح يراد لاثبات العوض .

(٧٧) وجه الاولوية : انه اذا جاز مع الاقرار والخصومة فيه ضعيفة كان مع الانكار والخصومة فيه أشد أولى بالجواز.

قلنا : لو كان كذلك لم يصح مع الاقرار ، لأنه لم تتقدم خصومة .

قالوا : الاعتبار في العقود بالآخذ (٧٨) ، وهو يزعم (٧٩) أنه يأخذ العوض بحق ، فجاز (٨٠) ، كما لو شهد بحرية عبد فرد (٨١) ، ثم اشتراه (٨٢) .

قلنا : بل الاعتبار بقول من حكم له الشرع بالملك (٨٣) ، كما لو (٨٤) شهد بحرية

---

(٧٨) أي آخذ العوض ، وهو المدعي هنا ، فانه يأخذ عوضا عما أنكره المدعى عليه .

(٧٩) في نسخة ((ب)) : وهو يريد أن / وهو تحريف .

(٨٠) أي فجاز له أخذ العوض عن الصلح على انكار المدعى عليه .

(٨١) أي الشاهد . والذي يرد شهادته هو السيد هنا .

(٨٢) حيث يصح منه شراؤه بعد رد شهادته عليه بالحرية ، اعتبارا بقول السيد وهو آخذ الثمن .

بجامع الاعتبار بالآخذ في كل من الاصل وهو مالو شهد بحرية عبد فرد ثم اشتراه ، والفرع وهو مالو ادعى حقا له على شخص فانكر ، ثم صالحه المدعى عليه .

ولما كان حكم الاصل جواز أخذ السيد العوض عن العبد بشراء الشاهد اياه بعد انكاره شهادته ، كان حكم الفرع كذلك فيجوز للمدعي أخذ العوض عن المدعى به بعد انكار المدعى عليه أيضا لذلك .

(٨٣) وهو المدعى عليه هنا لان الاصل براءته حتى تثبت ادانته بما ادعى عليه به .

(٨٤) سقط قوله (كما لو شهد بحرية عبد ، ثم اشتراه ، وها هنا الشرع حكم بالملك) من نسخة ((ب)) .

عبد ، ثم اشتراه (٨٥) وهاهنا (٨٦) الشرع حكم بالملك لمن هو فى يده (٨٧)، فلم يجز لغيره أن يأخذ منه العوض (٨٨).

* مسألة (١٤٣) : لا يصح الصلح عن (١) المال المجهول (٢) . ٥٧/١ ى .

---

(٨٥) أى الشاهد عليه بالحرية ، حيث يصح للمشترى تملكه لان العبرة بقول مالك العبد .
بجامع اعتبار قول من حكم الشرع له بالملك فى كل من الاصل وهو مالو شهد بحرية عبد ثم اشتراه والفرع وهو مالو ادعى عليه حقا فأنكره .
ولما كان حكم الاصل اعتبار قول السيد فى نفى الحرية عن العبد ، كان حكم الفرع كذلك فيعتبر قول المدعى عليه فى نفى قول المدعى أيضا لذلك .

(٨٦) أى فى الصلح على الانكار .

(٨٧) وهو المدعى عليه .

(٨٨) فى نسخة ((ب)) : ان يأخذ منه عليه العوض . / لانه معاوضة من الأخذ عما لا ملك له فيه ، فيبطل .
أى وبهذا الفارق المذكور بين الاصل والفرع يبطل قياسهم .

(١) فى الاصل : على المال المجهول . / وهو تحريف . والصواب ما أثبتناه من نسخة ((ب)) .

(٢) وهو الذى لو كان الصلح فيه بيعا لكان حراما للجهالة فيه أى فى أحد عوضيه .
أنظر : الأم جـ٣ ص ٢٢١ . فتح العزيز جـ١٠ ص ٢٩٥ . مغنى المحتاج : جـ٢ ص ١٧٨ .
وهو قول المالكية : الشرح الصغير جـ٢ ص ١٤٨ . الجواهر جـ٢ ص ١٠٤ شرح المنح جـ٣ ص ٢٠١ و ص ٢١٤ .
واليه ذهب ابن حزم ، المحلى جـ٨ ص ٦١٨ .

وقال أبو حنيفة : يصح (٣) .

لنا : هو انه أحد عوضى الصلح فلم يصح (٤) مع الجهل ، كالمصالح به (٥) .

قالوا : اسقاط حق لا يفتقر الى التسليم ، فجاز مع الجهالة ، كالطلاق (٦) .

---

(٣) أى مع جهالة المصالح عنه ، لا مع جهالة البدل الذى وقع عليه الصلح .
أنظر : شرح العناية جـ٧ ص ٣٨٠ . التبيين جـ٥ ص ٣٢ . مجمع الانهر جـ٢ ص ٣١١ .
وهو قول الحنابلة ، بشرط أن يكون المجهول مما لا يمكن معرفته ، سواء كان المجهول عينا أو دينا أو كان الجهل من الجانبين .
أنظر المسألة فى : شرح المنتهى جـ٢ ص ٢٦٣ . كشاف القناع جـ٣ ص ٣٨٤ المغنى جـ٤ ص ٣٦٧ .

(٤) فى نسخة ((ب)) : فلم يجز .

(٥) حيث لا يجوز أن يكون مجهولا .
بجامع ان كلا أحد عوضى الصلح ، اما الاصل فهو المال المصالح به ، واما الفرع فهو المال المصالح عنه .
ولما كان حكم الاصل عدم جواز الصلح مع جهالة المال المصالح به ؛ كان حكم الفرع كذلك فلا يجوز الصلح مع الجهالة فى المال المصالح عنه أيضا لذلك .

(٦) حيث يقع وان جهل عدد الطلقات ، ويحمل على طلقة واحدة .
بجامع ان كلا اسقاط لا يفتقر الى التسليم ، اما الاصل فهو الطلاق ، واما الفرع فهو الصلح .
ولما كان حكم الاصل صحة وقوع الطلاق مع الجهالة فى عدد الطلقات ، كان حكم الفرع كذلك فيصح الصلح مع الجهالة بالمال المصالح عنه أيضا لذلك .

قلنا : فى الطلاق (٧) لأنــه يصح تعليقه على الاخطار، (٨) ولهذا تجــوز الوصية مع الجهالة، (٩) وان افتقرت الى التسليم ، والصلح بخلافه . (١٠)

* مســألة (١٤٤) : اذا اتلف ثوبا قيمته عشرة، فصالح (١) منه على أكــثر، لم يصح (٢) . / ١٥٧ ى .

---

(٧) فى نسخة ((ب)) : المعنى فى الطلاق أنه .

(٨) أى على الغرر والجهالة . كتعليقه على قدوم زيد ورجوع الحاج ، مع احتمــال أن يقدما ومع عدم معرفة زمن القدوم ان حصل .
أى ولذلك جاز وقوع الطلاق مع الجهالة بعدده ، لانه يقبل الخطر والجهالة .

(٩) لانها عقد اسقاط وتبرع فلم يؤثر فيه الغرر .

(١٠) حيث هو عقد اعتياض ، فلا يصح مع الجهالة ، كعقد البيع .
وان بينه وبين الطلاق فرق ، فقياس احدهما على الآخر قياس مع الفــارق فيكون باطلا .

(١) فى نسخة ((ب)) : وصالح .

(٢) ومحل عدم جوازه اذا كان المصالح به من جنس المصالح عنه لما فيه من الربا ، أنظر : مغنى المحتاج جـ٢ ص ١٨٢ .
وبه يقول الحنابلة : المحرر جـ١ ص ٣٤٢ : ومن صالح عن متلف بأكثر من قيمته من جنسها لم يجز ، الا أن يكون مثليا . أهـ . المغنى جـ٤ ص ٣٦٩ . المقنع ص ١٢١ .
وهو قول المالكية : قال فى القوانين ص ٣٦٦ : وحكمه - أى الصلح علــى عوض - حكم البيع سواء كان فى عين أو دين ، فيقدر المدعى به والمقبــوض عن الصلح كالعوضين فيما يجوز بينهما ويمتنع ، فيمتنع فيه الجهالــة والغرر والربا ، والوضع على التعجيل وما أشبه ذلك ، ويجوز الصلح علــى الذهب بالفضة وعلى الفضة بالذهب بشرط حلول الجميع وتعجيــل القبض . أهـ .
=

سواء كان مثلياً أو متقوماً

وقال أبو حنيفة : يصح (٣) .

لنـا : ان ماضمن بالقيمة لم يجز أن يصالح منه على أكثر من قيمته ، كالجواهر (٤) ، ولأن هذا (٥) ربا لانه بيع عشرة (٦) بأكثر منها .

قالوا : ماثبت في الذمة بالعقود ، جاز أن يصالح منه على أكثر من قيمته ، كالمكيل (٧) .

= وأنظر : الشرح الصغير جـ٢ ص ١٤٨ . والبلغة عليه . الشرح الكبير جـ٣ ص ٣١٢ . الجواهر جـ٢ ص ١٠٣ .
واليه ذهب ابن حزم . أنظر المحلى جـ٨ ص ٦١٧ .

(٣) خلافا للصاحبين ، حيث قالا : يبطل الفضل من قيمته ان كان مما لا يتغابن الناس في مثله ، ومحل عدم جوازه عندهما : اذا كان العوض دراهم ودنانير والا بان كان عروضا جازت المصالحة على أكثر من قيمة المتلف عند الامام وصاحبيه .
أنظر : الهداية جـ٧ ص ٣٩٠ . التبيين جـ٥ ص ٣٨ . مجمع الانهر جـ٢ ص ٣١٣ .

(٤) حيث لا يجوز المصالحة فيها على أكثر من قيمتها .
بجامع الضمان بالقيمة في كل من الاصل وهو الجواهر والفرع وهو الثوب .
ولما كان حكم الاصل عدم جواز المصالحة في الجواهر على أكثر من قيمتها ، كان حكم الفرع كذلك فلا يجوز ان يصالح عن الثوب المتلف بأكثر من قيمته أيضا لذلك .

(٥) أي المصالحة على أكثر من قيمة المتلف .

(٦) وهي قيمة الثوب المتلف .

(٧) حيث يجوز المصالحة فيه على أكثر من قيمته .
بجامع الثبوت في الذمة بالعقد ، في كل من الاصل وهو المكيل ، والفرع وهو الثوب .
ولما كان حكم الاصل جواز المصالحة منه على أكثر من قيمة المكيل ، كان حكم الفرع كذلك فيجوز المصالحة على أكثر من قيمة الثوب أيضا لذلك .

قلنا : الا أنـه (٨) لا يثبت فى الذ مة بالا تلاف (٩) ، وفيه (١٠) وقع الخلاف (١١) ، ثـم يبطل بشقص من عبد ، فانه يثبت فى الذمة فى العقود (١٢) ، ثم لا يصالـح منه فى العتق (١٣) على أكثر من قيمته ، ويخالف (١٤) المكيل فانه (١٥) يثبت فى الذمـة بالا تلاف (١٦) ، فجاز أن يبيعه بما شاء (١٧) ، وفى الثوب يثبت قيمته فلا يجوز بأكثر منها (١٨) .

---

(٨) أى الثوب المتلف .

(٩) أى وانما يجب فيه المثل على من اتلفه أو القيمة .

(١٠) أى وفى الثبوت فى الذ مة بسبب الا تلاف .

(١١) فمن قال بالثبوت فى الذ مة بسبب الا تلاف أجاز المصالحة على أكثر مـن قيمة المتلف .
ومن لا ، فلا .

(١٢) فى نسخة ((ب)) : فى العضو . / أى يثبت فى الذ مة بيعا وشراء واجـارة ونحو ذلك .

(١٣) فى نسخة ((ب)) : فى العقود . / أى والعتق بمثابة الا تلاف ، فاذا أعتقه أحد هما لم يصالح الا خر على أكثر من قيمته . فدل على أن القاعد ة التى ذكـروا غير مضطرد ة .

(١٤) أى الثوب المتلف .

(١٥) أى المكيل .

(١٦) لا نه من الأموال المثلية وهى منضبطة لا تتفاوت قيمها .

(١٧) أى بأقل أو بأكثر مما اشتراه به .

(١٨) لا نه يأخذ حينئذ أكثر من حقه الثابت له .
أى وبهذا الفارق بين الاصل والفرع فى قياسهم القيمى من الأموال علـى المثلى منها يبطل قياسهم المذكور .

* مســـألة (١٤٥) : اذا اتلف ثوبا قيمته عشرة ، فصالح منه على عشـــرة مؤجلة ، لم يصح (١) . / ١٥٧ ى .

وقال أبو حنيفة : يصح (٢) .

لنا : هو انه بيع عشرة حالة بعشرة مؤجلة ، فلم يجز (٣) ، كما نقول فـــى غير الصلح (٤) .

---

(١) ومحل عدم صحة ذلك: اذا كان المصالح به من جنس المصالح عنه ، لما فـــى ذلك من ربا النساء فى حال التأجيل وربا الفضل فى حال الزيادة .
أنظر : مغنى المحتاج جـ٢ ص ١٧٩ و ص١٨٢ . شرح المحلى جـ٢ ص٣٠٨ .
وهو قول الحنابلة فى احدى الروايتين : أنظر المغنى جـ٤ ص٣٦٩ .
وهو قول ابن حزم . أنظر المحلى جـ٨ ص ٦١٨ .

(٢) التبيين جـ٥ ص ٤١ . مجمع الانهر جـ٢ ص ٣١٥ وأنظر الهداية جـ٧ ص٤٠١ .
وهو قول المالكية : الشرح الكبير جـ٣ ص ٣٢٣ . الجواهر جـ٢ ص ١٠٧ .
شرح المنح جـ٣ ص ٢٢٧ .

(٣) لما فيه من ربا النساء ، لعدم القبض فيه فى مال ربوى متحد الجنـــس .

(٤) كما فى البيع مثلا حيث لا يجوز بيع عشرة دراهم بعشرة دراهم أو بدينـــار على جهة التأجيل .
بجامع التأجيل فى عقد ربوى ، فى كل من الاصل وهو البيع والفرع وهـــو الصلح .
ولما كان حكم الاصل عدم جواز بيع الجنس الربوى بجنسه مؤجلا ، كـــان حكم الفرع كذلك فلا يجوز الصلح فى جنس ربوى على جنســـه مؤجـــلا أيضا لذلك .

قالوا : المؤجل ليس ببدل عن[5] الحال ، وانما هو تقدير لما[6] وجب بالاتلاف فلم يكن بيع حال بمؤجل .

قلنا : بل هو بدل عنه[7] ، لان الذى وجب بالاتلاف هو الحال[8] .

* مسألة (١٤٦) : اذا اشرع جناحا[1] الى الطريق ، لم يقلع[2] ./١٥٧ ى .

---

(٥) فى الاصل : على الحال ./ وما أثبتناه من نسخة ((ب)) : هو الصحيح ./ والمعنى انه ليس عقد بيع فيحرم فيه التأجيل فى الجنس الواحد ، بل هو عقد ضمان ، بسبب الاتلاف .

(٦) سقط قوله (لما) من نسخة ((ب)) .

(٧) أى فهو عقد بيع ومعاوضة فيشترط فيه ما يشترط فى عقود البيع عند اتحاد جنس المبيع والثمن من تحريم التفاضل والنساء لما فيه من الربا .

(٨) وهى العشرة المصالح عليها ، فكانت بدلا عن الثوب المتلف المذكور ، واذ هى عشرة والقيمة عشرة فقد اتحد الجنس فوجب التقابض فى المجلس وحرم النساء فيه والزيادة أيضا .

(١) فى نسخة ((ب)) : روشنا ./ وهى كذلك فى الاصل الا أن ثمة من ضرب عليها ، وكتب فى الهامش: جناحا . ويبدو ان الضارب عليها غير الناسخ ، لان خطه يختلف عن خط الناسخ ، والله أعلم . واستعمل المؤلف لفظ الجناح فى المهذب جـ١ ص ٣٣٤ . والتنبيه ص ٧٣ .
والجناح كما فى تصحيح التنبيه ص ٧٣ هو : الخارج من الخشب ، مأخوذ من جنح يجنح بفتح النون وضمها جنوحا : اذا مال . أهـ أى اذا اخرج بناء خشبيا خارج جداره ، سواء كانت من السقف أو الجدار واماله الى الطريق ، فهل يمنع من ذلك أم لا .
وفى النظم المستعذب جـ١ ص ٣٣٤ : الجناح بناء متعلق بخشب خارج عن الدار ، مشبه بجناح الطائر . أهـ. أى يشبه المظلة" والبلكونة " وتسمى الشرفة على وزن صبرة .
والروش: هو الجناح المذكور وهى كلمة معربة . أنظر شرح المحلى جـ٢ ص ٣١١ .

(٢) ومحل ذلك: اذا لم يضر بالمارة ، والا قلع . أنظر : =

وقال أبو حنيفة : ان عترض معترض قلع .(٣)

= المختصر ص١٠٦ . الام جـ٣ ص ٢٢١ و ص٢٢٢ . المنهاج ص٦٠ : ويحرم الصلح على اشراع الجناح . أهـ أى بعوض ، وسبب المنع من الصلح عليه أن الانتفاع بالطريق حق من حقوقه فلا يجوز أخذ العوض عنه كالمرور فيه . أنظر شرح المحلى جـ٢ ص ٣١١ .

وهو قول الحنابلة ، ومحل جوازه عند هم اذا كان باذن الامام أو نائبه ان لم يكن فيه ضرر ان كان الطريق نافذا ، والا فباذن أهله .
أنظر : كشاف القناع جـ٣ ص ٣٩٤ . شرح المنتهى جـ٢ ص ٢٦٩ . وذكر فى المغنى جـ٤ ص ٣٧٣
رواية أخرى انه لا يجوز اشراعه مطلقا اذن الامام أو لم يأذن نافذا كان الطريق أو غير نافذ .
وهو قول المالكية فى المعتمد عند هم فى السكة النافذة وغير النافذة مالم يضر بالمارة والركبان ،
أنظر الشرح الصغير جـ٢ ص ١٧٧ والبلغة عليه . الجواهر جـ٢ ص ١٢٣ الا انه اشترط الاذن فى غير النافذة . . شرح المنح جـ٣ ص ٣٣٤ .

(٣) أى سواء كان فيه ضرر أو لم يكن . وذهب الصاحبان الى المنع ان كان فيه ضرر والا فلكل مسلم حق الاعتراض ابتداء ، ثم اذا وضعه بصلح فلا يقلع بعد .
أنظر : المبسوط جـ٢ ص ١٤٤ . وذكر فى الهداية جـ٧ ص ٣٨٨ ومجمع الأنهر جـ٢ ص ٣١٣ عدم جواز المصالحة على اشراع الجناح الا أن يصالحه عليه الامام .
ولم أقف على قول ابن حزم فى هذه المسألة .

لنا : انه جناح يجوز اخراجه ،فلا يقلع من غير رضا مالكه ،كما لو أخرجه الى ملكه .(٤) ولانه ارتفق بما لا(٥) يتعين ملك أحد(٦) عليه من غير اضرار ،فأشبه الاجتياز(٧) والاحتشاش والاصطياد(٨) ، ولانه لو وجب ازالته لوجب وان(٩) لم يعترض كالحجر فى طريق المسلمين .(١٠)

---

(٤) حيث يجوز له ذلك قطعا .
بجامع انه جناح يجوز اخراجه فى كل من الاصل وهو مالو أخرجه الى ملكه ، والفرع وهو مالو أخرجه الى الطريق .
ولما كان حكم الاصل عدم جواز قلعه من غير رضاه اذا اشرعه فى ملكه ، كان حكم الفرع كذلك ،فلا يجوز قلعه بلا رضاه وان اشرعه الى الطريق أيضا لذلك .

(٥) سقط لفظ (لا) من نسخة ((ب)) .

(٦) فى نسخة ((ب)) : ملك آخر عليه ./ والاجتياز أى العبور فى الطريق العام .

(٧) فى النظم المستعذب جـ١ ص ٣٣٤ : الاجتياز هو السلوك ، جاز يجوز اذا مشى وسلك فى الطريق ، ومنه قول الراجز :
خلو الطريق عن أبى سياره .·. حتى يجيز سالما حماره .أهـ.

(٨) حيث يجوز له العبور فى الطريق للاحتشاش والاصطياد فى الأرض الموات.
بجامع ان كلا ارتفاق بما لا يتعين ملك أحد عليه من غير اضرار ، اما الاصل فهو الاجتياز والاحتشاش والاصطياد ، واما الفرع فهو اشراع الجناح الى الطريق .
ولما كان حكم الاصل جواز الاجتياز والاحتشاش والاصطياد ،كان حكم الفرع كذلك فيجوز اشراع الجناح الى الطريق أيضا لذلك .

(٩) فى الاصل : لوجب أن يعترض ./ وهو خطأ .

(١٠) حيث يجب ازالته على من وضعه وان لم يعترض على وضعه أحد .

قالوا : بناء يتعلق[11] به حق الغير ، فاذا اعترض قلع ،كما لو أخرجه الى زقاق[12] مشترك أو بنى في طريق المسلمين[13] .

قلنا : الزقاق المشترك لمعينين[14] فلم يتحكم فيه ،كالبستان المشترك[15] ،

---

(١١) في نسخة ((ب)) : بنى في موضع يتعلق به . . . الخ .

(١٢) الزقاق : بضم الزاى المشددة : وهو السكة يذكر ويؤنث ، وجمعه زقان بتضعيف القاف ،وازقة ،مثل حوار وحوران واحورة . أنظر المختار ص٢٧٣ .

(١٣) حيث لا يجوز لها شراعه فيهما .
بجامع ان كلا بناء تعلق به حق الغير ،اما الاصل وهو مالو اشرع جناحا في سكة أو بنى في طريق المسلمين . واما الفرع فهو لو أشرع جناحا في الطريق العام .
ولما كان حكم الاصل عدم جواز اشراع الجناح في السكة أو البناء في طريق المسلمين ،كان حكم الفرع كذلك ،فلا يجوز اشراع الجناح في الطريق العام أيضا لذلك .

(١٤) وهم من يشتركون في السكنى في ذلك الزقاق وهو السكة ،أى ان الطريق الخاصة بأهل تلك المحلة لا يجوز لواحد منهم التصرف فيه مالم يأذنوا له بذلك لان الضرر يعود عليهم خاصة من حيث ان الزقاق خاص بهم دون غيرهم من سائر الناس .

(١٥) حيث لا يجوز له الاستقلال في التصرف فيه من غير اذن المشتركين فيه .
بجامع اشتراك معينين فيه ، في كل من الاصل وهو البستان المشترك والفرع وهو الزقاق .
ولما كان حكم الاصل هو عدم جواز التحكم في البستان المشترك ، كان حكم الفرع كذلك فلا يجوز التحكم في الزقاق المشترك أيضا لذلك .

وهــذا[16] لغير معين فهو كالثمار المباحة[17]، والبناء فى الطريق يستضر به المار[18]، فهو كالجناح المستقل[19]، وهذا لا يستضر به أحد[20]، فهو كالسرداب[21] تحت الأرض.[22]

---

(١٦) أى الطريق العام .

(١٧) حيث يجوز له الاكل منها بلا اذن .
بجامع ان كلا لغير معين ، اما الاصل فهو الثمار المباحة ، واما الفرع فهو الطريق العام ولما كان حكم الاصل هو جواز الاكل من الثمار المباحة بلا استئذان ،كان حكم الفرع كذلك فيجوز اشراع الجناح فى الطريق العام أيضا لذلك .

(١٨) فى نسخة ((ب)) : المارة .

(١٩) أى المنفصل عن البناء ، ويكون فى الطريق العام .
حيث لا يجوز جعله فيه .
بجامع تضرر المارة به فى كل من الاصل وهو الجناح المستقل والفرع وهو البناء فى الطريق .
ولما كان حكم الاصل عدم جواز بناء جناح مستقل فى الطريق كان حكم الفرع كذلك فلا يجوز البناء فى الطريق أيضا لذلك .

(٢٠) أى الجناح التابع للبناء على الطريق العام .

(٢١) ترتيب القاموس جـ٢ ص ٥٠٦ : السرداب : بالكسر : بناء تحت الأرض للصيف ، معرب . أهـ .
وفى المصباح جـ١ ص ٢٩٣ : السرداب : المكان الضيق يدخل فيه ، والجمع سراديب . أهـ

(٢٢) حيث يجوز بناؤه تحت ارض الطريق العام .
بجامع عدم الاستضرار به فى كل من الاصل وهو السرداب والفرع وهو الجناح .
ولما كان حكم الاصل جواز بناء السرداب تحت الطريق العام ،كان حكم الفرع كذلك فيجوز اشراع الجناح فوق الطريق العام أيضا لذلك .

ولان البناء فى الطريق يجب قلعه وان لم يعترض (٢٣) ، وهذا لا يجب (٢٤) .

* مسألة (١٤٧) : اذا تنازعا حائطا (١) بينهما لم نقدم أحدهما على الآخر بالجذوع (٢) ١٥٧/٠ ش.

---

(٢٣) فى نسخة ((ب)) : وان لم يعرض له . / أى وان لم يعترض عليه أحد لأن من شأنه الحاق الضرر بالمارة .

(٢٤) أى الجناح المشرع على الطريق لا يجب قلعه وان اعترض عليه معترض مالم يتضرر به المارة .
أى فلا يصح قياسهم اشراع الجناح على الطريق العام على اشراعه على زقاق أو على البناء فى طريق المسلمين ، للفوارق المذكورة .

(١) جمعه حيطان ، واما الحائط بمعنى البستان فجمعه حوائط .
أنظر المختار ص ١٦٢ . والنهاية جـ١ ص ٤٦٢ .

(٢) أى بوضعه جذوعا عليه ، جمع جذع بفتح فسكون وهو ساق النخلة .
أنظر المصباح جـ١ ص ١٠٢
والمعنى انه يكون بينهما معا ، مالم تكن لاحدهما بينة على انه له دون غيره .
أنظر: المختصر ص ١٠٦ . الام جـ٣ ص ٢٢٥ . الوجيز جـ١ ص ١٨٠ .
الوجيز جـ١ ص ١٨٠ : تنازعا جدارا حائلا بين ملكيهما فهو فى أيديهما . أهـ
أى معا لا يحكم لاحدهما به وان كثرت جذوعه عليه .
وأنظر المنهاج ص ٦١ : ولو تنازعا جدارا بين ملكيهما ... ولو كان لاحدهما عليه جذوع لم يرجح . أهـ.
وهو قول الحنابلة : وذكر فى المغنى رواية ثانية انه يحتمل أن تترجح به الدعوى ،
أنظر المغنى جـ٤ ص ٣٨١ . المحرر جـ١ ص ٣٤٤ .

وقال أبو حنيفة : يقدم. (٣)

لنا : هو أنه (٤) معنى حادث بعد كمال بناء الحائط ، فلا يجعل يدا لاحدهما ، كالجذع الواحد (٥) ، ولان مالا يجعل قليله يدا ، لا يجعل كثيره يدا ، كالتزويق (٦) والساباط (٧) الممدود على حائط الجار المحاذى (٨) ، ولان قبل

---

(٣) الهداية جـ٧ ص ٢٦٦ . التبيين جـ٤ ص ٣٢٥ . مجمع الانهر جـ٢ ص ٢٨٢ .
وهو قول المالكية : الشرح الصغير جـ٢ ص ٣٧٣ لان من عوامل الترجيح عند تعارض البينات ذكر سبب الملك ، ومثله التصرف لانه مشعر بالملك ، وأنظر الجواهر جـ٢ ص ٢٤٩ . شرح المنح جـ٤ ص ٣٠٩ والتى تليها .
ولم أقف على قول ابن احزم فى هذه المسألة .

(٤) أى كثرة الجذوع .

(٥) حيث لا يجعل لاحدهما به تقدم على الآخر .
بجامع ان كلا معنى حادث بعد كمال بناء الحائط ، اما الاصل فهو الجذع الواحد ، واما الفرع فهو الجذوع المتعددة .
ولما كان حكم الاصل عدم جعل اليد على الحائط لصاحب الجذع الواحد ، كان حكم الفرع كذلك فلا يجعل لصاحب الجذوع يدا على الحائط أيضا لذلك .

(٦) وهو التحسين والتجميل ، ويطلق على كل منقش مزين : مزوق ، بواو مشددة .
واصله وضع الزاووق وهو الزئبق مع الذهب ، فيطلى به ، ثم يدخل فى النار فيطير الزاووق ، ويبقى الذهب ، فقيل لذلك المطلى : مزوق - بضم الميم وتشديد الواو . والعملية المذكورة تسمى التزويق . أنظر القاموس جـ٣ ص ٢٤٣ . والمختار ص ٢٧٩ .

(٧) وهو : سقيفة بين حائطين تحتها طريق ، والجمع سوابيط وساباطات . أهـ المختار ص ٢٨٣ .

(٨) حيث لا يثبت ملك الحائط لمن زوقه أو وضع عليه ساباطا .
بجامع عدم ثبوت اليد بفعل القليل منه فى كل من الاصل وهو مالو زوق شيئا أو مد ساباطا على حائط جاره المحاذى له والفرع وهو مالو وضع الجذوع على حائط بينهما .

=

وضع الجذوع لو تنازعاه (٩) ، كان بينهما ، فوضع (١٠) الجذوع يحتمل أن يكون باعارة أو قضاء قاض (١١) ، فلا يزال ما يستيقن (١٢) بالمحتمل (١٣) ، كالعبد فى الشركة (١٤) اذا وجد فى يد أحدهما (١٥) .

= ولما كان حكم الاصل عدم اعتبار التزويق وعمل الساباط على حائط الجار تملكا للمزوق والحائط كان حكم الفرع كذلك فلا يكون من وضع الجذوع على الحائط مالكا له أيضا لذلك .

(٩) أى الحائط .

(١٠) فى نسخة ((ب)) : ووضع .

(١١) بان قضى على صاحب الحائط بتمكين جاره من وضع الجذوع على حائطه ، فلا يكون بذلك مالكا للحائط من صاحبه ، فكذا لا يملكه لو اعاره الحائط لوضع الجذوع عليه .

(١٢) وهو امتلاكهما له .

(١٣) وهو كونه معارا له أو مقضيا بالسماح به .

(١٤) فى نسخة ((ب)) : فى التركه . / والمعنى : كالعبد المشترك .

(١٥) حيث لا يحكم به له وان كان فى الظاهر يحتمل أن يكون ملكه لوضعه يده عليه .

بجامع ان ما تيقن لا يزال بالمحتمل فى كل من الاصل وهو مالو تنازع الشريكان فى العبد وكان بيد أحدهما ، والفرع وهو مالو وضع جذوعا على جدار جاره .

ولما كان حكم الاصل عدم الحكم للشريك بملكية العبد المذكور كان حكم الفرع فلا يحكم للجار بملكية الحائط بوضع الجذوع عليه أيضا لذلك .

قالوا : احدهما اقوى يدا ، وآكد تصرفا[16] فكان مقدما ، كما لو تنازعا دابة وأحدهما راكبها ، والآخر آخذ بلجامها.[17] أو تنازعا أرضا ، ولأحدهما فيها حائط.[18]

قلنا : يبطل به اذا كان لاحدهما عليه جذع[19] ، وفي الدابة وجهان[20] ، قال أبو اسحاق[21] هما سواء[22] وان سلم[23] ، فلأن المعنى[24] فيها وفي الأرض[25] :

---

(١٦) في نسخة ((ب)) : وأكثر تصرفا . / أي بدليل أن جذوعه في الحائط أكثر من الآخر .

(١٧) في نسخة ((ب)) : بلجامه .

(١٨) حيث يقضى لراكب الدابة بها ويقضى لصاحب الحائط أي البستان به . بجامع ان كلا أقوى يدا وأكثر تصرفا ، اما الاصل فهو مالو تنازعا دابة واحدهما راكبها والاخر آخذ بلجامها ، أو تنازعا أرضا ولاحدهما فيها حائط ، واما الفرع فهو مالو تنازعا جدارا ولاحدهما عليه جذوعا .
ولما كان حكم الاصل هو القضاء بالدابة لراكبها وبالارض لصاحب الحائط فيها ، كان حكم الفرع كذلك فيقضى بالجدار لصاحب الجذوع عليه أيضا لذلك .

(١٩) أي واحد ، حيث لا يقضى له به مع كونه أقوى يدا وأكثر تصرفا بوجود ذلك الجذع .

(٢٠) التنبيه ص ١٥٨ . وقد ضعف القول بالتسوية بقوله : وقيل بينهما مع يمينهما . أهـ .
وقال في المهذب جـ٢ ص ٣١٦ : والصحيح هو الأول . أهـ يعني القول بتقديم الراكب على الاخذ بلجامها .

(٢١) هو المروزي ، أنظر ترجمته في المسألة رقم (٢٧) هامش (٢٢) .

(٢٢) سقط قوله (هما) من الاصل .

(٢٣) أي بأن الراكب وصاحب الحائط مقدمان .

(٢٤) في نسخة ((ب)) : وان سلم ، فالمعنى فيها .. الخ .

(٢٥) أي في الدابة المتنازع عليها ، وفي الارض التي فيها حائط أي بستان .

المنتفع هو الراكب ، وصاحب الحائط [٢٦] ، وها هنا [٢٧] الجميع منتفع [٢٨] ، وان كان لاحدهما أكثر ، فهو كما لو تنازعا حائطا ولهما عليه جذوع ، ولكن لأحدهما أكثر [٢٩] أو تنازعا عمامة ، وقد تعمم كل واحد منهما بطرف والآخر بالاكثر. [٣٠]

قالوا : الحائط يبنى للجذوع [٣١] ، كما يبنى للأزج [٣٢] ، ثم يقدم صاحب

---

(٢٦) أى ولذلك حكم لهما بها ، لانهما أقوى يدا وأكثر تصرفا .

(٢٧) أى فى حال التنازع على الجدار الكائن بينهما .

(٢٨) أى مشتركان فى أصل الانتفاع مع تفاوتهما فيه .

(٢٩) أى فيحكم به لهما معا .

(٣٠) فى نسخة ((ب)) : واحدهما أكثر.
أى حيث يشتركان فى الحكم بالحائط والعمامة لهما جميعا .
بجامع ان كلا منتفع بالعين المدعى بها ، اما الاصل فهو مالو تنازعا حائطا ولأحدهما عليه جذوع أكثر ، أو عمامة وقد اعتم احدهما منها بالاكثر .
واما الفرع فهو مالو تنازعا حائطا ولا حدهما عليه جذوع .
ولما كان حكم الاصل هو اشتراك المتنازعين فى الحائط والعمامة بامتلاكهما لهما ، كان حكم الفرع كذلك فيشترك من له جذوع مع من لا جذوع له فى امتلاك الحائط المتنازع عليه أيضا لذلك .

(٣١) أى لتوضع عليه الجذوع .

(٣٢) الازج : محركة : بيت يبنى طولا ، تقول : ازجته ازجا ، اذا بنيته كذلك ، ويقال : الازج السقف ويجمع على أزاج ، مثل سبب وأسباب . وهو المراد هنا .
أنظر المصباح جـ١ ص ١٦ . القاموس جـ١ ص ١٧٧ .
زاد فى اللسان جـ٢ ص ٢٠٨ : والتأزيج الفعل ، والجمع آزج وآزاج ، قال الأعشى :
بناه سليمان بن داود حقبة .:. له ازج صم وطىء موثق ..
وازج وازج ـ بكسر الزاى وفتحها ـ المشب : طال . أهـ.

الازج (٣٣) ، فكذا (٣٤) صاحب الجذوع (٣٥) .

قلنا : الازج لا يمكن احداثه بعد كمال الحائط ، فجعل لصاحب الازج (٣٦) ، والجذوع يمكن احداثها فلا يزال به الاصل المتيقن (٣٧) .

* مسـألة (١٤٨) : اذا تنازع (١) صاحب السفل والعلو في السـقف ، جعل بينهما (٢) ./ ١٥٧ش .

---

(٣٣) أي عند الاختلاف على الحائط ، لكونه أكثر تصرفا .

(٣٤) في نسخة ((ب)) : فكذلك .

(٣٥) أي فيقدم على من لا جذوع له على ذلك الحائط ، لكونه آكد يدا وأكثـر تصرفا .

(٣٦) أي الحق .

(٣٧) وهو تحقق ملكية الحائط لصاحبه .

والمقصود : اثبات أن بين الاصل والفرع في قياسهم فارقا ، فيبطل به .

(١) في نسخة ((ب)) : اذا تنازعا .

(٢) لاشتراكهما في الانتفاع به . ومحله اذا امكن احداثه بعد العلو لان اليد حينئذ لهما والا فلصاحب السفل لان اليد له .

المختصر ص ١٠٦ . الام جـ٣ ص ٢٢٦ . المنهاج ص ٦١ .

ومحل جعله بينهما هو ما اذا أمكـن احداث السقف بعد علو الحائـط ، والا بان لم يمكن ذلك كأن كان بناء ازج ، فالسقف لصاحب السفل . أنظـر شرح المحلي جـ٢ ص ٣١٨ .

وعند الحنابلة : هو بينهما ويتحالفان : شرح المنتهى جـ٣ ص ٥٢٠ . كشاف القناع جـ٣ ص ٤٠٤ . المغني جـ٤ ص ٣٨٢ .

وقال أبو حنيفة : هو[3] لصاحب السفل[4] .

قلنا : انه حاجز توسط ملكهما غير متصل باحدهما اتصال البنيان ، فأشبه الحائط بين الدارين[5] ، ولانهما مشتركان فى الانتفاع ، لانه بينما احدهما يكنه من الحر والبرد والمطر وارض الاخر ياوى اليه ويترك[6] رحله عليه ، فهو كالحائط بين دارين[7] .

---

(٣) فى نسخة ((ب)) : يجعل لصاحب السفل .

(٤) المبسوط جـ٢٠ ص ١٥٨ .

وهو قول المالكية : الشرح الصغير جـ٢ ص ١٧٤ . الجواهر جـ٢ ص ١٢٢ .

شرح المنح جـ٣ ص ٣١٩ .

ولم أقف على قول ابن حزم فى هذه المسألة .

(٥) حيث يقضى به لهما جميعا .

بجامع ان كلا حاجز توسط ملكهما غير متصل باحدهما اتصال البنيان ، اما الاصل فهو الحائط بين الدارين ، واما الفرع فهو السقف بين الاعلى والادنى .

ولما كان حكم الاصل اشتراكهما فى الحائط بين الدارين ، كان حكم الفرع كذلك فيحكم بالسقف لهما معا أيضا لذلك .

(٦) سقط قوله (ويترك) من نسخة ((ب)) .

(٧) حيث يحكم به لهما معا .

بجامع الاشتراك فى الانتفاع فى كل من الاصل وهو الحائط بين بيتين والفرع وهو السقف بين بيتين .

ولما كان حكم الاصل الحكم به لهما معا ، كان حكم الفرع كذلك فيحكم بالسقف لهما أيضا لذلك .

قالوا : محمول على ملك احدهما (٨) ، فكان أحق به ، كما لو تنازعا سرجا (٩) على دابة أحدهما (١٠) .

قلنا : يبطل بحائط الغرفة (١١) ، محمول على ملك (١٢) صاحب السفل ، ثم هو لصاحب العلو (١٣) ، والمعنى (١٤) في الاصل (١٥) أن اليد لصاحب الدابة ، وهاهنا (١٦) لكل واحد منهما يد بالانتفاع ، فاستويا (١٧) .

---

(٨) أى أن السقف محمول على ملك صاحب السفل دون ملك صاحب العلو .

(٩) السرج بفتح فسكون ، هو رحل الدابة ، وجمعه سروج ، تقول : اسرجت الدابة اسراجا ، اذا وضعت عليها السرج ، ويقال لبائعها وصانعها : سراج ، بتضعيف الراء المهملة . أنظر اللسان جـ٢ ص ٢٩٧ .

(١٠) حيث يحكم به لصاحب الدابة .

بجامع ان كلا محمول على ملك احدهما دون الآخر ، اما الاصل فهو مالو تنازعا سرجا على دابة احدهما ، واما الفرع فهو مالو تنازعا السقف بينهما .

ولما كان حكم الاصل هو الحكم بالسرج لصاحب الدابة ، كان حكم الفرع كذلك فيحكم بالسقف لصاحب السفل لكونه الصق بحاله أيضا لذلك .

(١١) أى التى فوق السقف المتنازع عليه .

(١٢) فى الاصل : على ملكه صاحب السفل .

(١٣) أى فدل على أن كون ملك صاحب العلو محمولا على ملك صاحب السفل لا يدل على أن السقف له دون صاحب العلو .

(١٤) أى والعلة فى أن الحكم بالسرج يكون لصاحب الدابة اذا كان عليها .

(١٥) سقط لفظ (الاصل) من نسخة الاصل . / وهو مالو تنازعا سرجا على دابة أحدهما .

(١٦) أى فى مسألة تنازع صاحب السفل والعلو فى السقف .

(١٧) أى فى الحكم لهما به ، أى وانهما كذلك فقد فارق الاصل الفرع فى قياسهم ولا قياس مع الفارق

* مسألة (١٤٩) : اذا دعا (١) أحد الشريكين شريكه الى الأنفاق (٢) لم يجبر على الانفاق في أحد القولين ويجبر في الآخر (٣) ./ ١٥٧ ش.

وقال أبو حنيفة : مالا ينقسم (٤) يجبر على الانفاق عليه (٥) .

---

(١) في الاصل : اذا ادعى ./ وهو تحريف ، وماأثبتناه من نسخة ((ب)) .

(٢) أي على ماليس بحيوان من الاملاك المشتركة بينهما والا بان امتنع عن الانفاق على الحيوان فاما أن يجبر عليه أو يباع عليه أو ينفق عليه من حساب مالكه بالقرض عليه ، والا ذبح ان كان مأكولا أو يؤاجر لحسابه . أنظر شرح المنتهى جـ٢ ص ٢٦٢ .

(٣) لم أجده في مظانه عندهم .

وذهب الحنابلة الى عدم وجوب النفقة على المال بل تستحب ، وقيل تجب . أنظر : شرح المنتهى جـ٢ ص ٢٦٣ . وتستحب نفقته أي المالك على ماله غير الحيوان ، وفي الفروع يتوجه وجوبه لئلا يضيع . أهـ . وفي كشاف القناع جـ٣ ص ٤٩٣ : قال الامام أحمد : ماأنفق على المال المشترك فعلى المال بالحصص ، كنفقة العبد المشترك . أهـ

(٤) كحمام وفرن وحانوت وبرج وطاحون حصل به خلل وأراد احدهما اصلاحه ورفض الاخر .

(٥) مجمع الانهر جـ١ ص ٥٠٥ والدر المنتقى أيضا . التبيين جـ٣ ص ٦٦ .

وهو قول المالكية : الشرح الصغير جـ٢ ص ١٧٣ . الجواهر جـ٢ ص ٢١ . شرح المنح جـ٣ ص ٦١٦ .

ولم أقف على قول ابن حزم في هذه المسألة .

لنا : هو أنه ملك لو انفرد به كل واحد منهما لم يجبر على الانفاق عليه (٦) ، فاذا اشتركا لم يجبر عليه (٧) ، كالارض والحائط (٨) .

قالوا : لا يمكن الانتفاع به من غير انفاق (٩) ، فأشبه العبد (١٠) .

قلنا : ذاك (١١) له حرمة (١٢) في نفسه ، ولهذا لو انفرد

---

(٦) سقط قوله (عليه) من نسخة ((ب)) .

(٧) سقط لفظ (عليه) أيضا من نسخة ((ب)) .

(٨) حيث لا يجبر على الانفاق عليهما اذا اشترك فيهما مع غيره .
بجامع ان كلا مال لو انفرد به لم يجبر على الانفاق عليه . اما الاصل فهو الارض والبستان ، واما الفرع فهو مال الشركة .
ولما كان حكم الاصل هو عدم اجبار صاحب الارض والبستان على الانفاق عليهما وان شاركه فيهما غيره ، كان حكم الفرع كذلك فلا يجبر الشريك على الانفاق مع شريكه على المال المشترك بينهما أيضا لذلك .

(٩) لتعرضه للتلف بدونه .

(١٠) حيث يجب الانفاق عليه قطعا .
بجامع ان كلا لا يمكن الانتفاع به من غير انفاق عليه ، اما الاصل فهو العبد ، واما الفرع فهو المال المشترك فيه .
ولما كان حكم الاصل وجوب الانفاق على العبد ، كان حكم الفرع كذلك فيجب الانفاق على مالا ينقسم من مال الشركة أيضا لذلك .

(١١) أي العبد .

(١٢) في نسخة ((ب)) : له حرمته ./ وحرمته المشار اليها هي كونه ذا كبد رطبة . حي ، فكان له حق فيما تقوم به حياته على مالكه .

به[١٣] أجبر على الانفاق عليـه ، وهـذا[١٤] حرمته بالملك[١٥] ، فلا يجـبر على الانفاق عليـه .

(١٣) أي دون أن يشاركه فيه غيره .

(١٤) أي المال المشترك .

(١٥) في نسخة ((ب)) : بالمالك . / أي ان حرمته مكتسبة بغيره ، لا بنفسه . أي وهذا فارق يبطل به قياسهم المذكور .

" مســـــائل الحوالـــة (*) "

* مســألة (١٥٠) : لا يعتبر رضا المحال عليه. (١) / ١٥٨ى.

(*) أصل الحوالة من الحول ، وهو : تغير الشئ وانفصاله عن غيره .
تقول : حال الشئ يحول حؤولا واستحال اذا تهيأ لأن يحول ، أى يتغير .
وبمعنى الانفصال قولك : حال بينى وبينك كذا وكذا . أنظر بصائر ذوى التمييز جـ٢ ص ٥٠٩ .
ويصح فى الحاء المهملة الفتح والكسر والفتح أفصح ، والحوالة تقال لما بـــه حول وقوة ، لما بين الحركة والقوة من الملازمة .
والحوالة شرعا : عقد يقتضى انتقال دين من ذمة الى ذمة أخـــرى .
فهى بيع دين بدين ، لكن جوز للحاجة ، فهى رخصة. أنظر القليوبى جـ٢ ص ٣١٨ .
قال فى المغنى جـ٤ ص ٣٩٠ : والصحيح انها عقد ارفاق منفرد بنفسه ليـــس بمحمول على غيره ، لانها لو كانت بيعا لما جازت لكونها بيع دين بديـــن ، ولما جاز التفرق قبل القبض لانه بيع مال الربا بجنسه ، ولجازت بلفظ البيـــع ، ولجازت بين جنسين كالبيع كله ، ولان لفظها يشعر بالتحول لا بالبيع ، فعلى هذا لا يدخلها خيار وتلزم بمجرد العقد . أهـ.
وهى مشروعة بالسنة والاجماع :
أما السنة: فما روى أبو هريرة مرفوعا : مطل الغنى ظلم واذا اتبع احدكم على ملئ فليتبع . أهـ
رواه البخارى جـ٢ ص ٣٧ كتاب الحوالات . باب فى الحوالة ، وهل يرجع فـــى الحوالة .
ورواه مسلم جـ٣ ص ١١٩٧ باب تحريم مطل الغنى وصحة الحوالة واستحبـــاب قبولها اذا احيل على ملئ .
وقد اجمعت الامة الا الاصم بن علية على جوازها ، ولا عبرة بخلافه .
ويسمى من تحول الحق عن ذمته الى غيره محيلا ، ومن تحول الحق الى ذمته يقال له : محال عليه وصاحب الحق يسمى محتالا ، واما ماوقعت عليه الاحالة فيســـمى محالا به .

(١) أى فى الاصح . المنهاج ص ٦١ . ولم يذكر فى الوجيز جـ١ ص ١٨١ خلافا فيها ، =

وقال أبو حنيفة : يعتبر .[٢]

لنا : انه[٣] اذن فى استيفاء دين ، فلا يعتبر فيه رضا من عليه الدين[٤] ، كالتوكيل .[٥] ولانه[٦] تصرف فيما يملكه ، فلا يعتبر رضا المملوك عليه ، كالتصرف

= وحكى الرافعى فى المسألة وجهين ونص على أن الاصح منهما عدم اشتراطه أيضا . أنظر فتح العزيز جـ١٠ ص ٣٣٨ و ص ٣٣٩ .

وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى جـ٢ ص ٢٥٧ . كشاف القناع جـ٣ ص ٣٧٤ . المغنى جـ٤ ص ٣٩٤ .

والمذهب المالكية : الشرح الصغير جـ٢ ص ١٥٣ . الجواهر جـ٢ ص ١٠٧

وقال فى المنح جـ٣ ص ٢٢٨ : أى لا رضا المحال عليه ، فليس شرطا على المشهور . أهـ .

وبه يقول ابن حزم : المحلى جـ٨ ص ٥٢٠ اذا كان للمحيل حق عند المحال عليه من غير البيع .

(٢) الهداية جـ٦ ص ٣٤٦ . التبيين جـ٤ ص ١٧١ . مجمع الانهر جـ٢ ص ١٤٦ .

(٣) أى التحويل على المحال عليه .

(٤) سقط لفظ (الدين) من الاصل .

(٥) حيث لا يعتبر فى صحته رضا من عليه الحق .

بجامع ان كلا اذن فى استيفاء دين . اما الاصل فهو التوكيل ، واما الفرع فهو الحوالة .

ولما كان حكم الاصل عدم اعتبار رضا من عليه الحق فى الوكالة ، كان حكم الفرع كذلك فلا يعتبر رضا المحال عليه فى الحوالة أيضا لذلك .

(٦) أى المحيل .

في رقبـــة[7] العبد[8] .

قالوا : أحد من يتم به الحوالة ، فاعتبر رضاه كالمحيل والمحتال[9] .

قلنا : لانهما كالمتبايعين[10] ، وهذا كالعبد المبيع[11] .

---

(٧) في الاصل : في رق العبد . / وما أثبتناه من نسخة ((ب)) أولى .

(٨) حيث للسيد أن يتصرف في رقبة العبد عتقا وبيعا وهبة واجارة ونحو ذلـك دون رضا العبد فيه .

بجامع ان كلا تصرف فيما يملك ، اما الاصل فهو التصرف في رقبة العبـــد ، واما الفرع فهو الاحالة على ملئ .

ولما كان حكم الاصل صحة تصرف السيد في رقبة العبد دون رضاه ، كان حكم الفرع كذلك فتصح الاحالة وان لم يرض المحال عليه أيضا لذلك .

(٩) حيث يعتبر رضاهما في صحة الحوالة .

بجامع ان كلا ممن تتم به الحوالة ، اما الاصل فهو المحيل والمحتال ، واما الفرع فهو المحال عليه .

ولما كان حكم الاصل اعتبار رضا المحيل والمحتال ، كان حكم الفرع كذلك فيعتبر رضا المحال اليه أيضا لذلك .

(١٠) أي فاعتبر رضاهما لذلك .

بجامع ان كلا طرفا العقد ، اما الاصل فهو المتبايعان ، واما الفرع فهو المحيل والمحتال .

ولما كان حكم الاصل اعتبار رضا المتبايعين ، كان حكم الفرع كذلك فيعتـــبر رضا المحيل والمحتال أيضا لذلك .

(١١) أي فلا يعتبر رضاه .

بجامع ان كلا وقع عليه العقد . أما الاصل فهو العبد المبيع واما الفرع فهـــو المحال عليه .

ولما كان حكم الاصل عدم اعتبار رضا العبد في البيع ، كان حكم الفرع كذلـك فلا يعتبر رضا المحال عليه أيضا لذلك .

قالوا : ضمان لدين على الغير ، فلا بد فيه من رضا الضامن ، كالكفالة بالمال.[١٢]

قلنا : الضامن لا حق عليه ،[١٣] وهذا[١٤] عليه حق ،[١٥] فلا يعتبر رضاه.[١٦]

* مسألة (١٥١) : لا يرجع المحتال على المحيل.[١] ١٥٨/٠ى.

---

(١٢) حيث يعتبر فيها رضا الكفيل .
بجامع ان كلا ضمان لدين على الغير ، اما الاصل فهو الكفالة بالمال واما الفرع فهو الحوالة .
ولما كان حكم الاصل اعتبار رضا الكفيل ، كان حكم الفرع كذلك فيعتبر رضا المحال عليه أيضا لذلك .

(١٣) بل هو متبرع بدفع الحق الثابت على غيره .

(١٤) أى المحال عليه .

(١٥) وهو ماثبت فى ذمته للمحيل .

(١٦) أى فبطل ان يقاس الحوالة على الكفالة بالمال للفارق المذكور.

(١) أى ان تعذر عليه استيفاؤه من المحال عليه لفلس أو جحد منه للحوالة أو للدين .
وهل : وان علم المحتال فلس المحال عليه عند الحوالة ، قولان : احدهما : لا رجوع ، لتقصيره فى البحث عنه ، وقيل : له الرجوع ان شرط يسار المحال عليه . وهو الاظهر أنظر الوجيز جـ١ ص ١٨٢ .
وأنظر : المنهاج ص ٦٢ . وشرح المحلى عليه جـ٢ ص ٣٢١ .
وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى جـ٢ ص ٢٥٧ . كشاف القناع جـ٣ ص ٣٧١
وذكر فى المغنى جـ٤ ص ٣٩٣ قولا بالرجوع .
واختلف قول المالكية أيضا فى جواز الرجوع على المحيل اذا افلس المحال عليه أو مات على قولين ، =

وقال أبو حنيفة : اذا مات المحال عليه مفلسا أو جحد[2] الحق وحلف عليه رجع[3] .

لنا : هو أنه حق يحول بالحوالة[4] ، فلا يجوز للمحتال الرجوع الى ذمة المحيل ، كما لو أفلس في حياته[5] ، ولانه ابراء بغير بدل ، فلم يحتمل

= وعلى القول بجواز الرجوع : هل له ذلك مطلقا أم اذا شرط المحيل البراءة من الدين بالاحالة اختلفوا في ذلك على قولين أيضا .
أنظر : الخرشي جـ٣ ص ١٧ . الشرح الصغير جـ٢ ص ١٥٣ . شرح المنح جـ٣ ص ٢٤٠ .
والمذهب ابن حزم أيضا الا أن يغر المحيل ويحيله على غير ملئ ، وهو يعلم انه غير ملئ بل وان لم يعلم أيضا فالحوالة فاسدة . أنظر المحلى : جـ٨ ص ١١٧ .

(٢) الجحود هو : الانكار مع العلم ، يقال : جحده بحقه وبابه قطع وخضع . أهـ المختار ص ٩٣ .

(٣) في نسخة ((ب)) : يرجع . / أي على المحيل .
أنظر : الهداية جـ٦ ص ٣٥٠ . التبيين جـ٤ ص ١٧٢ . مجمع الانهر جـ٢ ص ١٤٨ وزاد عليه الصاحبان : أو بتفليس القاضي اياه لانه في معنى من مات مفلسا أو جحد في عدم القدرة على الاستيفاء .

(٤) أي ويقتضي ذلك براءة ذمة المحيل من المحال به ، بعدها .

(٥) حيث لا يجوز له الرجوع الى المحيل بعد الاحالة بسبب افلاس المحال عليه . بجامع ان كلا حق يحول بالحوالة . اما الاصل فهو مالو افلس المحال عليه في حياته ، واما الفرع فهو مالو مات المحال عليه مفلسا أو جحد الحق وحلف عليه .
ولما كان حكم الاصل عدم جواز الرجوع على المحيل بافلاس المحال عليه في حياته كان حكم الفرع كذلك فلا يجوز للمحال الرجوع على المحيل اذا مات المحال عليه مفلسا أو جحد الحق وحلف عليه أيضا لذلك .

العود ،كالابراء[6] ، والدليل على الوصف[7] انه يجوز الحوالة بالسلم[8] والاستبدال بالسلم لا يجوز[9] ، ولانه لو كان تبديلا[10] لم يجز ، لانه بيع دين بدين ، ولانه سمى حوالة[11] فدل على أنه تحويل لا تبديل .

---

(٦) أى من الدين ، حيث لا يجوز الرجوع على المبرئ .
بجامع ان كلا ابراء بغير بدل ، اما الاصل فهو الابراء ، واما الفرع فهو الحوالة .
ولما كان حكم الاصل عدم جواز الرجوع على المبرئ كان حكم الفرع كذلك فلا يجوز رجوع المحتال على المحيل أيضا لذلك .

(٧) وهو أن الحوالة ابراء بغير بدل .

(٨) هذا على أحد قولين ، والصحيح منهما ان دين السلم لا يجوز الحوالة به ولا عليه وان كان دينا لازما ، ومقابل الصحيح وهو ما جرى عليه المؤلف: انه يجوز بناء على أن الحوالة به وعليه استيفاء لا بيع ، والاستيفاء يجوز الابراء منه .
ووجه القول بالمنع : ان الحوالة بيع ، فيكون من باب بيع الدين بالدين ، وهو ممنوع شرعا .
أنظر شرح المحلى جـ٢ ص ٣٢٠ .

(٩) لانه من باب التصرف فى المبيع قبل قبضه .
أى فدل جواز الحوالة بالسلم ، على قول ، دون جواز الاستبدال فيه على انها ابراء بغير بدل .

(١٠) فى نسخة ((ب)) : لو كان يتبدل .

(١١) فى الاصل : ولانه سمى حالة ./ وهو تحريف .

قالوا : روى عن عثمان (١٢) انه قال (١٣) فى الحوالة : اذا مات المحال عليه وهو مفلس عاد الدين الى ذمة المحيل لا توا (١٤) على مال مسلم (١٥) .

---

(١٢) هو ابن عفان ، أنظر ترجمته فى المسألة رقم (١) هامش (٣٨) .

(١٣) سقط حرف (فى) من الاصل .

(١٤) التوا : بمعنى الهلاك والبوار . وهى وزان : الحصى . أنظر المصباح ج١ ص ٨٧ .

(١٥) ذكره الشافعى عن محمد بن الحسن - مقطوعا - عن عثمان انه قال فى الحوالة أو الكفالة : يرجع صاحبه ، لا توى على مال مسلم . أهـ ثم رده على فرض ثبوته لوجود الشك فيه بين الحوالة والكفالة . أنظر المختصر ص ١٠٧ . والام ج٣ ص ٢٢٨ .
ورواه البيهقى ج٦ ص ٧١ . باب من قال : يرجع على المحيل ، لا توى على مال مسلم .
ثم ذكر قول الشافعى : فسألته - أى محمد بن الحسن - عن هذا الحديث فزعم انه عن رجل مجهول عن رجل معروف ، منقطع عن عثمان ... ولو كان ثابتا عن عثمان لم يكن فيه حجة ، لانه لا يدرى اقال ذلك فى الحوالة أو فى الكفالة .
ثم قال البيهقى : الرجل المجهول فى هذه الحكاية : خليد بن جعفر ، وخليد بصرى لم يحتج به محمد بن اسماعيل البخارى فى كتاب الصحيح ، وأخرج مسلم بن الحجاج حديثه الذى يرويه مع المستمر بن الريان عن أبى نضرة عن أبى سعيد فى المسك وغيره ، وكان شعبة بن الحجاج اذا روى عنه اثنى عليه . والله أعلم ، والمراد بالرجل المعروف أبو اياس معاوية بن قرة المزنى وهو منقطع كما قال فابوا اياس من الطبقة الثالثة من تابعى أهل البصرة فهو لم يدرك عثمان ابن عفان ، ولا كان فى زمانه أهـ
الا أن صاحب الجوهر النقى رفع الجهالة عن خليد بن جعفر ونقل توثيقه =

قلنـــا : يرويه خليد (١٦) بن جعفر عن معاوية بن قرة ، وخليد (١٧) ضعيـــف ،

= عن شعبة كما نفى وجود الانقطاع بين معاوية بن قرة وعثمان أيضا ، فانظـــره في جـ٦ ص ٧١ أيضا .

وقد ذكر ابن حزم هذا الاثر في المحلى جـ٨ ص ٥١٩ ولم يضعفه الا انه قال : لا حجة في احد دون رسول الله صلى الله عليه وسلم - ثم ذكر قصة عـــن سعيد بن المسيب عن أبيه مع علي بن أبي طالب وليس فيها ان عليا قـــال برجوع المحال على المحيل ، ثم قال ابن حزم - واذا اختلف السلف فليس بعض ما روى عنهم بأولى من بعض باتفاقكم معنا في ذلك . أهـ .

(١٦) في نسخة ((ب)) : خالد بن جعفر ./ وهو خطأ .

وخليد هو ابن جعفر بن طريف الحنفي ، أبو سليمان البصري ، روى عن معاويه ابن قرة وأبي نضرة ، وروى عنه شعبة ، وثقه ابن معين . روى له مسلم والنسائي أنظر الخلاصة ص ١٠٦ .

(١٧) في نسخة ((ب)) : وخالد ./ وهو خطأ كما سبق في ترجمته في الهامـــش قبله .

قال في الجوهر النقي جـ٦ ص ٧١ : عدم احتجاج البخاري به لا يضره . كما عرف ، ومسلم وان قرنه في حديث مع المستمر - يعني ابن الريان - فقـــد احتج به في موضع آخر . . . وقد روى عنه عزرة بن ثابت ، وشعبة كان يعظمه ويثني عليه ، وقال : كان من أصدق الناس وأشدهم اتقانا ، ووثقـــه ابن معين وغيره ، فكيف يجعل مثل هذا مجهولا . أهـ قال ذلك ردا علـى البيهقي في الحكم على خليد بن جعفر بانه مجهول . وقد ايد الذهـــبي البيهقي في ذلك .

أنظر الميزان جـ١ ص ٦٦٥ رقم/ ٢٥٥٩ مع مراعاة ما هو مثبت بالهامش هناك .

وقد وثقه شعبة وابن معين وقال فيه أبو حاتم : صدوق ، ووثقه ابن حبـــان والنسائي وأحمد . أنظر التهذيب جـ٣ ص ١٥٧ .

ومعاوية لم يلق عثمان[١٨] [١٩]. ولانه قول واحد من الصحابة[٢٠].

قالوا : نقل الحق[٢١] من ذمة الى غيرها ، فاذا لم يسلم وتوى ، رجع الى الذمة ، كما لو صالح منه على عبد فمات ، أو على منفعة دار فتلفت.[٢٢]

---

(١٨) فى نسخة ((ب)) : فلم يلق . / وزيادة ألفاء هنا خطأ من الناسخ .

(١٩) لان معاوية بن قرة أبو اياس المزنى من الطبقة الثالثة من تابعى أهل البصرة فلم يلق عثمان ولا كان فى زمانه ، كما قال البيهقى جـ٦ ص ٧١ .
لكن ابن التركمانى فى الجوهر النقى رد ذلك فقال : ذكر ابن عساكر فى تاريخ دمشق ان له رؤية
وحكى عن ابن سعد انه عده فى
الطبقة الثانية - لم أجده أيضا فى الطبقات - وحكى عن خليفة وغيره انه توفى سنة ثلاث عشرة ومائة ، وعن يحيى وغيره انه بلغ ستا وتسعين سنة ، فعلى هذا يكون مولده سنة سبع عشرة ، فكيف لم يكن فى زمن عثمان . أهـ جـ٦ ص ٧١ .
وأنظر ترجمة عثمان بن عفان فى المسألة رقم (١) هامش (٣٨) .

(٢٠) روى مثله أيضا عن على بن أبى طالب ، رواه عبد الرزاق فى مصنفه جـ٨ ص ٢٧١ ، رقم / ١٥١٨٣ ،
ولفظه : لا يرجع على صاحبه الا أن يفلس أو يموت . أهـ .

(٢١) سقط قوله (الحق) من نسخة ((ب)) .

(٢٢) فى نسخة ((ب)) : فتلف . / حيث يرجع عليه بقيمة العبد المصالح عليه وباجرة الدار على المؤجر .
بجامع نقل الحق من ذمة الى غيرها فى كل من الاصل وهو مالو صالح منه على عبد فمات أو على منفعة دار فتلفت ، والفرع وهو مالو احاله على شخص فافلس أو مات .
ولما كان حكم الاصل هو الرجوع على صاحب العبد المصالح عليه بقيمته وعلى صاحب الدار بالاجرة .
كان حكم الفرع كذلك فيرجع المحتال على المحيل أيضا لذلك .

قلنا : لا نسلم انه توى ، لانه يجوز أن يكذب نفسه بعد ما حلف ، واذا أسقط[٢٣] هذا[٢٤] انتقض به اذا افلس في حياته[٢٥] ، ولانه هناك[٢٦] لو لم[٢٧] يتو ، ولكنه تعذر[٢٨] كاباق العبد ، وغصب الدار[٢٩] ، جاز له الرجوع الى الدين[٣٠] ولو هرب المحال

---

(٢٣) في نسخة ((ب)) : فاذا سقط.

(٢٤) أي دعواه أن يكون المال قد هلك .

(٢٥) حيث لا يرجع عليه بالدين حينئذ ، أي فكذلك اذا مات مفلسا لا يرجع عليه أيضا .

(٢٦) أي في حال ما اذا مات مفلسا .

(٢٧) سقط حرف (لو) من الاصل . وفي الجملة تقديم وتأخير ، وأصلها : ولان هناك لو لم يتو ولكنه تعذر جاز له الرجوع الى الدين ، كاباق العبد وغصب الدار .

(٢٨) أي أداء الدين المحال به وتسليمه بسبب الموت مفلسا .

(٢٩) في نسخة ((ب)) : باباق العبد . / حيث يبطل عقد بيع العبد اذا ابق قبل تسليمه لتعذر التسليم ، وعقد الاجارة اذا غصبت الدار قبل استيفاء المنفعة منها .
بجامع تعذر التسليم في كل من الاصل وهو مالو أبق العبد قبل تسليمه أو غصبت الدار قبل استيفاء المنفعة منها ، والفرع وهو مالو أفلس المحال عليه أو مات .
ولما كان حكم الاصل رجوع المشتري على البائع بثمن العبد الابق قبل التسليم أو غصبت الدار المذكورة قبل الاستيفاء كان حكم الفرع كذلك فيجوز للمحتال الرجوع على المحيل اذا افلس أو مات المحال عليه أيضا لذلك .

(٣٠) أي على المحيل .

عليه أو افلس في حياته ، لم يرجع (٣١)، ولان ذاك (٣٢) اسقاط دين ببدل فشرط فيه السلامة (٣٣)، وهاهنا (٣٤) اسقاط بغير بدل ، ولان هناك (٣٥) لم ينقطع التعلق (٣٦) بين المتعاقدين ولهذا يجوز له (٣٧) مطالبته بقبض ما نقل اليه ، واذا غصب طولب بتخليصه ليسلمه اليه ، وهاهنا (٣٨) انقطعت العلق بينهما (٣٩)، ولهذا لا يجوز للمحيل مطالبة المحتال بقبض المال ، واذا هرب المحال عليه لم يلزمه (٤٠) طلبه (٤١)، فصار

---

(٣١) أي على المحيل ، لامكان الاستيفاء منه بعد العثور عليه أو غناه بعد افلاسه .

أي فدل ذلك على أن جواز الرجوع على المحيل فيما اذا مات المحال عليه مفلسا انما هو لتعذر الاستيفاء من المحال عليه ، فلا يقاس عليه مالو أفلس في حياته للفارق المذكور .

(٣٢) أي في المصالحة على العبد أو على منفعة الدار .

(٣٣) أي فاذا مات العبد قبل التسليم أو انهدم البيت قبل الاستيفاء بطل العقد ورجع المشتري بثمن العبد على البائع وبالاجرة على مؤجر البيت .

(٣٤) أي في الاحالة على الغير للاستيفاء .

(٣٥) في المصالحة على العبد ثم يموت قبل التسليم ، وعلى الاجارة في الدار اذا انهدمت قبل استيفاء المنفعة .

(٣٦) في الاصل : لم تنقطع العلق . / جمع علقة ، بضم فسكون .

(٣٧) سقط لفظ (له) من نسخة ((ب)) . / أي للبائع مطالبة المشتري .

(٣٨) أي فيما اذا مات المحال عليه مفلسا .

(٣٩) أي بين المحيل والمحال عليه .

(٤٠) أي المحيل ، لان الحق تعلق بالحوالة في ذمة المحال عليه .

(٤١) في نسخة ((ب)) : وصار .

كما بعد القبض فى الصلح (٤٢)، ولان العقد هناك (٤٣) تعلق بمعين (٤٤)، فانفسخ بهلاكه (٤٥)، وهاهنا (٤٦) تعلق بدين فى الذمة، فلم ينفسخ بهلاكه (٤٧)، كما لو صالحه عن الدين (٤٨) على مال فى الذمة ثم مات (٤٩).

---

(٤٢) أى فى الصلح على العبد والدار المذكورين، حيث لا يجوز له الرجوع على البائع اذا ابق العبد بعد التسليم، أو تلف الدار المصالح على منفعتها بعد استيفاء المنفعة.

بجامع انقطاع العلقة فى كل من الاصل وهو مالو ابق العبد أو تلفت الدار المصالح عليهما بعد التسليم، والاستيفاء، والفرع وهو مالو هرب المحال عليه.

ولما كان حكم الاصل هو عدم الرجوع على مالك العبد وصاحب الدار المصالح عليهما اذا ابق العبد أو تلفت الدار بعد التسليم والاستيفاء، كان حكم الفرع كذلك فلا رجوع للمحتال على المحيل اذا هرب المحال عليه أيضا لذلك.

(٤٣) أى فى الصلح على الدار والعبد.

(٤٤) فى نسخة ((ب)) : بعين.

(٤٥) لفوات محل العقد به. أى ويبقى حق المدعى قائما.

(٤٦) أى فى الاحالة على الغير.

(٤٧) أى بهلاك من تحول الدين الى ذمته، وهو المحال عليه. أى فلا يرجع على المحيل بل الى ورثة المحال عليه.

(٤٨) فى نسخة ((ب)) : على الدين.

(٤٩) حيث لا ينفسخ عقد الصلح المذكور به.

بجامع ان كلا الدينين تعلقا بالذمة، اما الاصل فهو مالو صالحه عن الدين على مال فى الذمة ثم مات، واما الفرع فهو مااذا احاله بالدين على شخص آخر فمات المحال عليه.

ولما كان حكم الاصل عدم انفساخ عقد الصلح بهلاك المصالح، كان حكم الفرع كذلك، فلا تنفسخ الحوالة بهلاك المحال عليه أيضا لذلك.

زاد فى نسخة ((ب)) : بعد قوله (ثم مات) عبارة: والله أعلم.

((مسـائل الضمـان)) (*)

* مسألة (١٥٢) : لا يصح ضمان المال المجهول (١) . ١٥٨/٠ى .

(*) اصله من الضم ، لان الضامن يضم ذمته الى ذمة المضمون فى الالتزام بالحق .
تقول : ضمن الشئ وضمن به ، كعلم ، ضمانا وضمنا بفتح فسكون فهو ضامن وضمين ، اذا كفله ، أنظر القاموس جـ٤ ص٢٤٣ . المختار ص ٣٨٤ .
وفى الشرع : التزام حق ثابت فى ذمة الغير ، أو احضار من هو عليه ، أو عين مضمونة . أهـ
مغنى المحتاج جـ٢ ص ١٩٨ . ويشمل هذا التعريف نوعى الكفالة : بالنفس وبالمال . وعرفه الحنفية بأنه : ضم ذمة الى ذمة فى المطالبة . أهـ. التبيين جـ٤ ص ١٤٦ .
ويسمى الملتزم لذلك الحق : ضامنا وضمينا ، وزعيما ، وحميلا ، وكافلا وكفيلا وصبيرا وقبيلا ، أنظر مغنى المحتاج جـ٢ ص ١٩٨ . المحلى جـ٨ ص٥٢٢ .
وفى النصب جـ٤ ص ٥٨ : قال ابن حبان : الزعيم لغة أهل المدينة والحميل لغة أهل العراق ، والكفيل لغة أهل العراق . أهـ .
الا أن الماوردى قسم هذه الاسماء بحسب استعمالاتها فقال : غير ان العرف جار بأن الضمين مستعمل فى الاموال ، والحميل فى الديات ، والزعيم فى الأموال العظام ، والكفيل فى النفوس والصبير فى الجميع . أهـ مغنى المحتاج : جـ٢ ص ١٩٨ .
واركان ضمان المال خمسة : ضامن ومضمون له ومضمون عنه ومضمون به ، وصيغة .
والاصل فى مشروعيته : الكتاب فى قوله تعالى (ولمن جاء به حمل بعير وانا به زعيم) يوسف آية / ٧٢ .
قال ابن عباس : الزعيم : الكفيل .
وهذا الدليل يصح على مذهب من يقول ان شرع من قبلنا شرع لنا .
ودليله من السنة ماروواه البخارى جـ٢ ص ٣٩ كتاب الحوالة ، باب من تكفل عن ميت دينا فليس له ان يرجع ، عن سلمة بن الاكوع رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم اتى بجنازة ليصلى عليها ، فقال : هل عليه من دين ، =

....

= قالوا : لا ، فصلى عليه ، ثم أتى بجنازة أخرى ، فقال : هل عليه من دين ؟
قالوا : نعم ، قال : صلوا على صاحبكم . قال أبوقتادة : على دينه
يارسول الله فصلى عليه . أهـ.
واجمع المسلمون على جواز الضمان فى الجملة . أنظر المغنى جـ٤ ص ٤٠٠ .
الافصاح جـ١ ص ٣٨٥.

(١) الام جـ٣ ص ٢٢٩ . وهو قوله فى الجديد . أنظر الوجيز جـ١ ص ١٨٤ .
المنهاج ص ٦٢.
وقال المصنف فى التنبيه ص ٧٤ : ولا يصح ضمان مال مجهول ، وقيل يصح
ضمان ابل الدية وان كانت مجهولة .أهـ.
وقال أيضا فى المهذب جـ١ص ٣٤٠ ولا يجوز ضمان المجهول ... وفى ابل
الدية وجهان : أحدهما لا يجوز ضمانه لانه مجهول اللون والصفة ،
والثانى : انه يجوز لانه معلوم السن والعدد ويرجع فى اللون والصفة الى
عرف البلد .أهـ .
وبه يقول ابن حزم : المحلى جـ٨ ص ٥٣٣.

وقال أبو حنيفة : يصح (٢) .

لنا : هو انه تثبيت مال فى الذمة بعقد لادمى ، فلم يصح مع الجهالة ، كالثمن والاجرة (٣) ، ولا يلزم (٤) اذا قال : ألق متاعك فى البحر (٥) وعلى ضمانه (٦) ، لان ذلك (٧) يجب بالاتلاف (٨) ، ولانه ضمان مال ، فلم يصح مع الجهالة من غير حاجة ، كما لو ضمن بعض ماله على فلان (٩) .

---

(٢) الهداية جـ٦ ص ٢٩٨ . التبيين جـ٤ ص ١٥٢ . مجمع الانهر جـ٢ ص ١٣٠ .
وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى جـ٢ ص ٢٤٨ . كشاف القناع جـ٣ ص ٣٥٥ .
المغنى جـ٤ ص ٤٠٠ .
وبه يقول المالكية : الشرح الكبير : جـ٣ ص ٣٣٤ . الجواهر جـ٢ ص ١١٠ .
شرح المنح جـ٣ ص ٢٥٢ .

(٣) حيث لا يصح عقد البيع مع الجهالة فى الثمن ، ولا يصح عقد الاجارة أيضا مع الجهالة فى الاجرة .
بجامع ان كلا تثبيت مال فى الذمة بعقد لآدمى ، اما الاصل فهو الثمن والاجرة ، واما الفرع فهو الكفالة .
ولما كان حكم الاصل عدم صحة البيع والاجارة مع الجهالة فى الثمن والاجرة ، كان حكم الفرع كذلك ، فلا تصح الكفالة مع الجهل بالمال المضمون أيضا لذلك .

(٤) فى نسخة ((ب)) : ولا يلزم عليه .

(٥) أى فيما لو كانوا فى سفينة وشارفت على الغرق ، وارادوا تخفيف الاحمال عنها .

(٦) حيث يلزمه ضمانه مع الجهالة فى ثمنه . أنظر شرح المحلى جـ٤ ص ١٥٣ .

(٧) فى نسخة ((ب)) لان ذاك . / أى ضمان المتاع المذكور .

(٨) أى حيث تجب فيه القيمة ، وذلك لا تضره الجهالة عند الضمان ، بخلاف الثمن فانه يتفاوت فكان الجهل عند التعاقد مضرا بالعقد .

(٩) حيث لا يصح ذلك للجهالة فى المضمون .
بجامع ان كلا ضمان مال ، اما الاصل فهو مالوضمن بعض ماله على فلان واما الفرع فهو ضمان المال المجهول .
ولما كان حكم الاصل عدم صحة العقد فيما لو ضمن بعض ماله على فلان ، كان حكم الفرع كذلك ، فلا يصح الضمان فى المال المجهول أيضا لذلك .

قالوا : ضمان مال فجاز مع الجهالة (١٠)، كضمان الدرك (١١) وضمان قيمة ما يلقيه في البحر (١٢) .

قلنا : ضمان الدرك تدعو الحاجة الى الجهالة فيه ، فعفى عنها ، ولا حاجة الى الجهالة هاهنا (١٣) فلم يعف عنها ، وضمان ما يلقى في البحر ليس من جنس الضمان ، وانما هو استدعاء اتلاف بعوض ، ولهذا يجوز أن يضمن أكثر من قيمة الشئ ، ويصح من غير مضمون عنه (١٤) .

---

(١٠) في نسخة ((ب)) : مع الجهالة به .

(١١) بفتح الدال والراء ويجوز اسكانها ، كما قال الجوهري وفسره بانه التبعة
قال المتولي : سمى دركا لالتزامه الغرامة عند ادراك المستحق عين ماله .
أنظر تصحيح التنبيه ص ٧٥ .
قال ابن ابطال : واصله من اللحوق ، يقال : ادركه اذا لحقه بعد ما مضى ، لانه يكون بعد مضى البيع . أهـ النظم المستعذب جـ١ ص٣٤٢ .
وفي المنهاج ص ٦٢ : هو أن يضمن للمشترى الثمن ان خرج المبيع مستحقا أو معيبا . أهـ .

(١٢) حيث يجوز الضمان فيهما مع ما فيهما من الجهالة .
بجامع ان كلا ضمان مال ، اما الاصل فهو ضمان الدرك وضمان قيمة ما يلقيه في البحر ، واما الفرع فهو الضمان في المال المجهول .
ولما كان حكم الاصل هو جواز ضمانه مع الجهالة فيه ، كان حكم الفرع كذلك فيجوز ضمان المال المجهول أيضا لذلك .

(١٣) أي في الضمان في المال المجهول . لانه يمكنه الوقوف عليه .

(١٤) فلا يصح قياسهم ضمان المال المجهول على ضمان الدرك وضمان قيمة ما يلقيه في البحر للفارق المذكور بينهما .

قالوا : يصح تعليقه على الخطر [١٥] وهو ضمان الدرك فجاز مع الجهالة، كالطلاق والعتاق [١٦] .

قلنا : الضمان الذى اختلفنا فيه [١٧] لا يجوز تعليقه على الخطر، وضمان الدرك لا يصح حتى يقبض الثمن ، فيكون ضمان واجب [١٨] فى الحال [١٩] ، ثم الطلاق يصح فى بعض الجملة [٢٠] وها هنا [٢١] لو قال : ضمنت بعض مالك على فلان لم تصح [٢٢] .

---

(١٥) وهو احتمال عدم التمكن من الحصول عليه .

(١٦) حيث يجوز مع جهالة عدد الطلقات أو من وقع عليها الطلاق ، ويصح مع جهالة عين من وقع عليه العتق .
بجامع صحة التعليق على الخطر والغرر فى كل من الاصل وهو الطلاق والعتاق والفرع وهو الضمان فى المال المجهول .
ولما كان حكم الاصل جواز ايقاع الطلاق والعتاق مع الجهالة ، كان حكم الفرع كذلك فيصح الضمان مع الجهالة فى المال المضمون أيضا لذلك .

(١٧) وهو ضمان الدين المجهول .

(١٨) فى نسخة ((ب)) : فيكون ضمانا واجبا . / وما فى الاصل على الاضافة .

(١٩) أى وما نحن فيه ضمان دين فى الذمة ، فهذا غير ذاك ، فلا يأخذ حكمه .

(٢٠) كأن يقول لامرأته : رأسك طالق ، أو يعتق ربع أو ثلث عبده مثلا . حيث يقع الطلاق فى المرأة ، وينفذ العتق فى العبد ويقوم على السيد باقى العبد ان كان موسرا والا بان كان معسرا فان العبد يعتق ويستسعى فى باقيه لسيده .

(٢١) أى فى الضمان .

(٢٢) أنظر شرح المحلى جـ٢ ص ٣٢٦ .

قالوا : التزام مال فى الذمة بقوله ، فأشبه الاقرار .[٢٣]

قلنا : يبطل بالثمن والاجرة [٢٤] ، والاقرار اخبار عن واجب متقدم مضطر اليه .[٢٥]

وهذا [٢٦] ابتداء ايجاب بعقد ، فهو كالثمن [٢٧] ، ولهذا لو أقر ببعض الجملة جـــاز ، ولو ضمن الجملة لم يجز .[٢٨]

* مسألة (١٥٣) : يصح الضمان مـــن غير رضا المضمون له [١] . ١٥٨/ش .

---

(٢٣) حيث يجوز على المال المجهول .

بجامع ان كلا التزام فى الذمة بالقول . اما الاصل فهو الاقرار على المجهـــول .

واما الفرع فهو ضمان المال المجهول .

ولما كان حكم الاصل هو جواز الاقرار بالمال المجهول ، كان حكم الفـــرع كذلك فيجوز الضمان فى المال المجهول أيضا لذلك .

(٢٤) حيث كل منهما التزام مال فى الذمة بالقول ، ثم لا تصح مع الجهالة .

(٢٥) أى ولذلك جاز مع الجهالة .

(٢٦) أى الضمان .

(٢٧) حيث لا يجوز مع الجهالة .

بجامع ان كلا ابتداء ايجاب بعقد ، اما الاصل فهو الثمن واما الفـــرع فهو الضمان ،

ولما كان حكم الاصل هو عدم صحة العقد بالثمن المجهول ، كان حكـــم الفرع كذلك فلا يصح الضمان بالمال المجهول أيضا لذلك .

(٢٨) أى فثبت ان بين الاصل والفرع فى قياسهم الضمان على الاقرار فارقـــا ، والقياس مع الفارق باطل .

(١) وهو صاحب الحق .

المختصر ص ١٠٨ . وذكر فى الوجيز جـ١ ص ١٨٣ . ان فى اشتراط رضـــا المضمون له وجهين . قال الرافعى : قال الاكثرون لا يشترط . . . وقال صاحب الافصاح والقاضى ابن كج يشترط . أهـ فتح العزيز جـ١٠ ص ٣٥٩ . وذكـــر =

وقال أبو حنيفة : لا يصح .(٢)

لنا : هو أنه ضمان دين فلم يعتبر فيه رضا المضمون له ،كضمان الورثة دين المريض(٣) ولانه وثيقة لا تفتقر الى قبض من له الحق ، فلم تفتقر الى رضاه كالشهادة .(٤)

= المحلى فيها ثلاثة أقوال فقال : والأصح .. انه لا يشترط قبوله ورضاه أى واحد منهما والثانى يشترطان أى الرضا ثم القبول لفظا ، والثالث يشترط الرضا دون القبول لفظا . أهـ شرح المحلى جـ٢ ص ٣٢٥.

وهو قول الحنابلة: شرح المنتهى جـ٢ ص ٢٤٨ . كشاف القناع جـ٣ ص ٣٥٤ . المغنى جـ٤ ص ٤٠٠ .

وبه يقول المالكية : الشرح الصغير جـ٢ ص ١٥٦ . الجواهر جـ٢ ص ١١٠ .شرح المنح جـ٣ ص ٢٥٢ .

(٢) خلافا لابى يوسف ، وقيل عنه انه يشترط الرضا ، ولكنه لا يشترط أن يكون فى المجلس، بل ولو بعده .

الهداية جـ٦ ص ٣١٤ . التبيين جـ٤ ص ١٥٩ . مجمع الانهر جـ٢ ص ١٣٧ .

وهو قول ابن حزم : المحلى جـ٨ ص ٥٢٢ .

(٣) حيث يجوز لهم ضمان دين المريض مرض الموت وان لم يرض به .

بجامع ان كلا ضمان دين ، اما الاصل فهو ضمان الورثة دين المريض ، واما الفرع فهو الضمان من غير رضا المضمون له .

ولما كان حكم الاصل هو صحة ضمان الورثة دين المريض وان لم يرض ، كان حكم الفرع كذلك فيجوز ضمان الدين من غير الورثة وان لم يرض به المضمون له أيضا لذلك .

(٤) حيث لا تفتقر الى رضا المشهود له .

بجامع ان كلا وثيقة لا تفتقر الى قبول من له الحق ، اما الاصل فهو الشهادة واما الفرع فهو الضمان .

ولما كان حكم الاصل هو صحة الشهادة وان لم يرض بها المشهود له ،كان حكم الفرع كذلك فيصح الضمان وان لم يرض به المضمون له أيضا لذلك .

قالوا : ايجاب مال له (٥) في الذمة بعقد ، فلم يجز من غير رضاه ، كالبيع والحوالة (٦) .

قلنا : البيع مبادلة مال بمال (٧) ، والحوالة اما ان تكون مبادلة (٨) أو اسقاط حق من ذمة الى ذمة (٩) ، وهذا (١٠) توثيق لحقه (١١) من غير اضرار ، فهو كالاشهاد (١٢) .

---

(٥) أي للمضمون له .

(٦) حيث لا يجوز البيع لشخص أو حوالته على شخص من غير رضاه . أنظر التبيين جـ٤ ص ١٧١ .
بجامع ان في كل ايجاب مال له في الذمة بعقد ، اما الاصل فهو البيع والحوالة واما الفرع فهو الضمان .
ولما كان حكم الاصل هو عدم صحة البيع والحوالة بدون رضا المالك والمحتال ، كان حكم الفرع كذلك فلا يصح الضمان بدون رضا المضمون له أيضا لذلك .

(٧) أي فاقتضى ذلك وجود الرضا من المبيع له ، والبيع تجارة ، والتجارة تعتمد التراضي ، قال الله تعالى (الا أن تكون تجارة عن تراض منكم) سورة النساء آية رقم / ٢٩ .
وفي الحديث (انما البيع عن تراض) رواه ابن ماجه جـ٢ ص ٧٣٦ باب بيع الخيار رقم / ٢١٨٥ . عن أبي سعيد الخدري ، قال في الزوائد : اسناده صحيح ورجاله موثقون ، رواه ابن حبان في صحيحه .أهـ

(٨) أي فيعتبر فيها الرضا أيضا لانها بيع مال في الذمة بمال في الذمة . وتكون مستثناه من النهي عن بيع الدين بالدين ، بالنص والضرورة .

(٩) أي فيعتبر فيها رضا المحتال عندنا . أنظر المنهاج ص٦١ وعندكم . أنظر التبيين جـ٤ ص ١٧١ .

(١٠) أي الضمان .

(١١) في نسخة ((ب)) : بحقه . / أي حق المضمون له .

(١٢) أي لحقه ، حيث يجوز وان لم يرض به .
بجامع ان كلا توثيق للحق من غير اضرار بصاحب الحق ، اما الاصل فهو =

قالوا : وثيقة يستوفى الحق من جهتها[13] فاعتبر فيها رضا المعقود له ، كالرهن[14] .

قلنا : يبطل بالضمان عن المريض[15] ، والمعنى فى الرهن انه يحتاج الى القبض والحفظ[16] وهذا[17] وثيقة له بلا قبض ولا حفظ[18] ، ولان فى الرهن لا يأمن أن يتلف[19] فيرفع[20] الى من يرى

= الاشهاد واما الفرع فهو الضمان .
ولما كان حكم الاصل جوار الاشهاد لصاحب الحق وان لم يرض ، كان حكم الفرع كذلك فيجوز الضمان من غير رضا المضمون له أيضا لذلك .

(١٣) فى نسخة ((ب)) : من جهتهما .

(١٤) حيث يعتبر فيه رضا المرتهن .
بجامع ان كلا وثيقة يستوفى الحق من جهتها ، اما الاصل فهو الرهن .
واما الفرع فهو الضمان .
ولما كان حكم الاصل اعتبار رضا المرتهن فى صحة الرهن ، كان حكم الفرع كذلك فيعتبر رضا المضمون له أيضا لذلك .

(١٥) أى مرض الموت ، حيث لا يعتبر رضاه مع كون الضمان عنه وثيقة يستوفى الحق من جهتها ، فانتقضت العلة التى ذكروا به .

(١٦) أى فاقتضى ذلك رضا المرتهن لتعرض ذمته للانشغال به .

(١٧) أى الضمان .

(١٨) أى فلم يحتج معها الى رضاه ، اذ لا انشغال لذمته به . فكان هذا فارقا يبطل به قياسهم الضمان على الرهن .

(١٩) أى المرهون .

(٢٠) فى نسخة ((ب)) : فيرجع . / أى فى القضاء به .

تضمينه[21] ، فيسقط[22] حقه ، فلا يجوز من غير رضاه ، ويأمن[23] هذا في الضمـــان[24] .

* مســـألة (١٥٤) : يجوز الضمان عن الميت[1] . / ١٥٨ ش .

وقال أبو حنيفة : ان لم يخلف وفاء لم يجز[2] .

لنا : ماروى جابر[3] قال : توفى رجل منا ، فأتينا النبي صلى الله عليه وســلم ليصلي عليه ، فقال : عليه[4] دين ؟ قلنا : نعم ديناران . فانصـــرف[5]

---

(٢١) أى المرتهن ، كما هو الحال عند الحنفية اذ يرون سقوط الدين بهلاك الرهن في يد المرتهن . أنظر التبيين جـ٦ ص ٦٣ .

(٢٢) في نسخة ((ب)) : فسقط حقه .

(٢٣) فاعل يأمن : هو المضمون له .

(٢٤) حيث لا يسقط حق المضمون له بهلاك الضامن .

(١) المختصر ص ١٠٨ . الام جـ٣ ص ٢٢٩ . الوجيز جـ١ ص ١٨٣ . المنهاج ص ٦٢ .

وهو قول الحنابلة سواء كان الميت مفلسا أو لم يكن .

شرح المنتهى جـ٢ ص ٢٤٨ . كشاف القناع جـ٣ ص ٣٥٦ . المغني جـ٤ ص ٤٠١

وذهب المالكية الى جوازه فيما اذا كان الميت مفلسا والا فلا .

الخرشي جـ٤ ص ٢٣ . الشرح الكبير جـ٣ ص ٣٣١ . شرح المنح جـ٣ ص ٢٤٦

وبجواز ضمانه عن الميت مطلقا يقول ابن حزم أيضا : المحلى جـ٨ ص ٥٢٢ .

(٢) خلافا للصاحبين .

الهداية جـ٦ ص ٣١٧ . التبيين جـ٤ ص ١٥٩ . مجمع الانهر جـ٢ ص ١٣٦ .

(٣) أنظر ترجمته في المسألة رقم (١٨) هامش (٢٨) .

(٤) في نسخة ((ب)) : أعليه دين .

(٥) أى عن الصلاة عليه .

فتحملهما أبو قتادة ، وقال : على الديناران . فقال صلى الله عليه وسلم (عليك (٦) حق الغريم (٧) ، وبرئ الميت منه (٨) ، قال : نعم ، فصلى عليه (٩) .)

---

(٦) فى نسخة ((ب)) : أعليك . / والصواب حذف الهمزة ، لان المراد التقرير وليس الاستفهام .

(٧) الغريم على وزن فعيل تأتى بمعنى فاعل وبمعنى مفعول ، فتطلق على الدائن والمدين أيضا ، والمراد هنا صاحب الدين ، وانما سمى غريما لكثرة مطالبته وملازمته للمدين ، أنظر المصباح جـ٢ ص ٩٩ .

(٨) سقط لفظ (منه) من نسخة ((ب)) .

(٩) رواه البيهقى جـ٦ ص ٧٥ . باب الضمان عن الميت ، عن جابر ولفظه : توفى رجل فغسلناه وحنطناه وكفناه ، ثم اتينا النبى صلى الله عليه وسلم فقلنا له تصلى عليه ، فقام فخطا خطى ثم قال : عليه دين ، قال : فقيل : ديناران ، قال : فانصرف ، قال : فتحملهما أبو قتادة قال : فأتيناه ، قال : فقال أبو قتادة : الديناران علىّ . فقال النبى صلى الله عليه وسلم : حق الغريم ، وبرئ منهما الميت ، قال : نعم ، فصلى عليه رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : فقال له بعد ذلك بيوم ، مافعل الديناران ، قال : انما مات أمس ، قال : فعاد اليه كالغد ، قال : قضيتهما ، فقال النبى صلى الله عليه وسلم : الان بردت جلدته . أهـ .

قال فى بلوغ المرام ص ١٦٠ : وصححه ابن حبان والحاكم . أهـ رقم/ ٧٣٧ .

ورواه النسائى بنحوه جـ٧ ص ٣١٧ باب الكفالة بالدين ، عن عبد الله بن أبى قتادة عن أبيه .

وأما أبو قتادة : فهو الحارث بن ربعى الانصارى السلمى ، بفتح السين المهملة واللام ، فارس رسول الله صلى الله عليه وسلم ، شهد أحدا والمشاهد كلها ، واختلف فى شهوده بدرا ، وقد قال فيه النبى صلى الله عليه وسلم : خير فرساننا أبو قتادة ، وخير رجالنا سلمة بن الاكوع ، رواه مسلم .

توفى سنة أربع وخمسين بالكوفة ، وقيل أربعين وقيل غير ذلك ، له مائة وسبعون حديثا . أنظر الاصابة جـ٤ ص ١٥٨ رقم/ ٩٢١ . الخلاصة ص ٤٥٧ .

وروى أنس (١٠) أن النبى صلى الله عليه وسلم أتى بجنازة ليصلى عليها (١١) فقال صلى الله عليه وسلم هل عليه دين (١٢)، قالوا : نعم ، قال : فما تنفعه صلاتى وذمته مرتهنة بدينه ، فلو قام أحدكم فضمن ، وصليت عليه (١٣) كانت صلاتى تنفعه (١٤).

ولانه دين يصح ضمانه مع وجود الوفاء فصح ضمانه من غير وفاء (١٥) كدين الحى (١٦).

---

(١٠) انظر ترجمته فى المسألة رقم (٢٨) هامش (٢٢).

(١١) فى نسخة ((ب)) : ليصلى عليه.

(١٢) فى نسخة ((ب)) : أعليه دين.

(١٣) فى نسخة ((ب)) : فصليت عليه.

(١٤) رواه البيهقى جـ٦ ص ٧٥ باب الضمان عن الميت ، عن عبد الحميد بن أبى أمية قال : شهدت أنس بن مالك وهو يقول الحمد لله الذى حبس السماء ان تقع على الارض الا باذنه ، فقال له رجل : يا أبا حمزة لو حدثتنا حديثا عسى الله أن ينفعنا به ، قال : من استطاع منكم أن يموت وليس عليه دين فليفعل ، فانى شهدت رسول الله صلى الله عليه وسلم أتى بجنازة رجل ليصلى عليه ، فقال : عليه دين ، قالوا : نعم ، قال : فما ينفعه أن اصلى على رجل روحه مرتهن فى قبره ، لا تصعد روحه الى الله ، فلو ضمن رجل دينه قمت فصليت عليه ، فان صلاتى تنفعه . أهـ.

ولم يتعقبه صاحب الجوهر النقى بشئ.

(١٥) أى من غير أن يوجد عنده مايفى بدينه.

(١٦) حيث يصح ضمانه من غير وفاء أيضا.

بجامع ان كلا دين يصح ضمانه مع وجود الوفاء ، اما الاصل فهو دين الحى ، واما الفرع فهو دين الميت المفلس.

ولما كان حكم الاصل صحة ضمان دين الحى مع عدم وجود وفاء عنده كان حكم الفرع كذلك فيصح ضمان دين الميت وان لم يخلف وفاء أيضا لذلك.

ولانه معنى (١٧) لا يمنع بقاء الضمان (١٨)، فلا يمنع ابتداءه ، كالجنون (١٩)، ولان الدين باق (٢٠)، بدليل ماذكرناه من الخبر (٢١)، ولانه يصح فيه (٢٢) القضاء والابراء، ولو قتل عمدا (٢٣) فصولح من القصاص على مال وجب قضاء (٢٤) الدين منه ، فلو كان قد سقط (٢٥)

---

(١٧) أي الموت .

(١٨) أي في ذمة الميت .

(١٩) حيث لا يمنع ابتداء الضمان عنه .
بجامع ان كلا معنى لا يمنع بقاء الضمان ، اما الاصل فهو الجنون واما الفرع فهو الموت .
ولما كان حكم الاصل هو صحة ابتداء الضمان عن المجنون ، كان حكم الفرع كذلك فلا يمنع الموت صحة الضمان عن الميت وان لم يخلف وفاء أيضا لذلك .

(٢٠) أي في ذمة المدين .

(٢١) حيث سأل النبي صلى الله عليه وسلم فيه : هل عليه من دين ، فدل على أن ذمته بقيت مشغولة بدينه بعد الموت أيضا .

(٢٢) أي في الدين الثابت على الميت في ذمته .

(٢٣) في الاصل : ولو قتل عبد . / والمعنى لا يستقيم به ، ونائب الفاعل كما في نسخة ((ب)) هو من عليه الدين .
واما المصالح على المال : فهو القاتل .

(٢٤) سقط لفظ (قضاء) من نسخة ((ب)) .

(٢٥) أي الدين عن الميت المفلس .

بالافلاس لما قضى (٢٦) ، كالتبرعات (٢٧) ، ولانه باق في حكم الاخرة فى الاثم والعقوبة على المماطلة (٢٨) فاذا ثبت هذا ، قلنا : دين لازم (٢٩) ، فصح ضمانه كسائر الديون (٣٠) .

قالوا : دين (٣١) سقطت المطالبة به بكل حال ، فلم يصح ضمانه ، كالدين بعد الابراء ودين المكاتب بعد الموت (٣٢) .

---

(٢٦) أى من المال المصالح عنه ، فدل على أن ذمة المدين مشغولة به حيا كان أو ميتا .

(٢٧) فى نسخة ((ب)) : كالبيوعات . / حيث لا يقضى الدين عن الميت من أموال التبرعات . لانها لا تضاف الى ملك الميت لكون ذمته قد خربت بالموت .
أى والحال ان الدين لم يسقط عن الميت بالافلاس ، فجاز أن يضمن عنه بعد موته وان مات مفلسا .

(٢٨) من المطل بفتح فسكون ، وأصله المد والتطويل ، تقول : مطل الحديد ضربها ومدها لتطول ، وبابه نصر ، ويقال لكل ممدود ممطول ، فهو يسوف ويعد فى الوقت ويراوغ فى الوعد بالوفاء تهربا من دفع الحق لصاحبه .
أنظر المختار ص ٦٢٧ . وفى القاموس جـ٤ ص ٥١ : المطل التسويف بالعدة والدين كالامتطال والمماطلة والمطال . أهـ .

(٢٩) أى الدين على الميت دين لازم فى ذمته لا يسقط عنه بموته وان مفلسا .

(٣٠) حيث يصح ضمانها قطعا عن الحى .
بجامع اللزوم فى كل من الاصل وهو سائر الديون ، والفرع وهو دين الميت .
ولما كان حكم الاصل هو صحة ضمان سائر الديون ، كان حكم الفرع كذلك فيصح ضمان دين الميت أيضا لذلك .

(٣١) أى دين الميت المعسر الذى لم يخلف وفاء بدينه .

(٣٢) حيث لا يصح ضمانه بحال اذن .
بجامع سقوط المطالبة به بكل حال ، فى الاصل وهو الدين بعد الابراء ، ودين المكاتب بعد الموت ، والفرع وهو الدين على الميت المفلس .
ولما كان حكم الاصل هو عدم صحة ضمان الدين بعد الابراء ودين المكاتب بعد موت المكاتب ، كان حكم الفرع كذلك فلا يصح ضمان دين المفلس أيضا لذلك .

قلنا : لا نسلم الوصف ،(٣٣) فانه ان ضمنه ضامن وقعت المطالبة(٣٤) به ، ثم الدين بعد الابراء قد سقط ، ولهذا لا يصح القضاء عنه ، ولا(٣٥) الابراء منه ، بخلاف هذا ،(٣٦) ودين المكاتب يسقط لانفساخ العقد الذى يجب به(٣٧) الدين ،(٣٨) وهاهنا(٣٩) لا ينفسخ العقد الذى وجب به(٤٠) الدين ، ولان دين المكاتب لا يصح ضمانه فى حال الحياة ، وهذا يصح .(٤١)

قالوا : محل الدين ، العين أو الذمة ، وليس هاهنا(٤٢) عين ولا ذمة

---

(٣٣) وهو قولهم : ان دين الميت المفلس دين سقطت المطالبة به بكل حال .

(٣٤) صيانة لمال الغير عن الاهدار من غير موجب ، مع صلاحية ذمة الضامن لتحمله .

(٣٥) سقط حرف (لا) من نسخة ((ب)) .

(٣٦) أي دين الميت المفلس ، فانه لا زال باقيا فى ذمته بعد الموت ، فصح ضمانه عنه لبقائه عليه .

ولذلك فلا يصح ان يقاس دين الميت المفلس على الدين بعد الابراء فى عدم صحة الضمان فيهما ، للفارق المذكور .

(٣٧) فى نسخة ((ب)) : الذى به يجب الدين .

(٣٨) أى لانفساخ عقد الكتابة بموته .

(٣٩) أى فى موت المدين مفلسا .

(٤٠) فى الاصل : الذى وجب له الدين .

(٤١) أى ضمان دين الميت المفلس .

والمقصود : ابطال قياسهم المذكور باثبات الفارق بين الاصل والفرع فيه .

(٤٢) أى فى الميت المفلس .

فلم يبق دين ، والدليل على أنه لا ذمة (٤٣)، انه لو كان له ذمة لم يحل (٤٤) بموته (٤٥)، ولوجب ان يجب الدين عليه ابتداء (٤٦).

قلنا : له ذمة صحيحة ، ولهذا قال صلى الله عليه وسلم : ما تنفعه صلاتي وذمته مرتهنة في قبره بدينه ، ولانه لو خلف وفاء فابرأه (٤٧) من الدين صح ، ولو لم يكن الدين في الذمة وكان قد انتقل الى التركة لما صح ابراؤه (٤٨)، (٤٩) كما لا يصح ابراء المحيل بعد الحوالة (٥٠)، وانما حل الدين (٥١) لان الاجل للرفق ، ولا رفق

---

(٤٣) في نسخة ((ب)) : لا ذمة له . / أي للميت المفلس.

(٤٤) أي الدين .

(٤٥) أي بموت المدين المفلس . أي والحال ان الدين يجب وفاؤه فور موت المدين .

(٤٦) أي ان يضاف الدين الى ذمته بعد موته ، أي والحال انه لا يجوز ذلك فدل على انه لا ذمة للميت فلا يصح الضمان عنه مالم يخلف وفاء .

(٤٧) أي صاحب الدين .

(٤٨) أي ذلك الابراء ، فدل على أن ذمته صحيحة بعد موته . والا لبطل الابراء، لان ذمته حين مات كانت مشغولة به ، فلا يزول عنها ذلك الانشغال بالابراء لانها ليست محلا للتعامل معها بعد الموت لخرابها .

(٤٩) لانه لم يصادف محله ، لفوات الذمة بالموت اذن .

(٥٠) لان ذمته خليت عن ذلك الدين بالحوالة ، فاذا ابرأه صاحب الدين منه بعد الحوالة لم يصادف الابراء محلا ، لعدم انشغال الذمة به بعدها .

(٥١) أي على المدين بموته .

فى الاجل بعد الموت (٥٢) ، وانما لم يجب الدين عليه (٥٣) ابتداء ، لأن سبب الدين لا يوجد (٥٤) ، على أنه (٥٥) يجوز أن يجب الدين ابتداء ، وهو اذا كان قد حفر بئرا ووقع فيها بهيمة بعد موته (٥٦) .

* مسألة (١٥٥) : اذا ضمن ألفا ودفع اليه (١) ثوبا يساوى خمسمائة (٢) رجع بخمسمائة (٣) فى أحد (٤) الوجهين ./ ١٥٩ ى .

---

(٥٢) لفوات محل الرفق ، وهو المدين .

(٥٣) أى على الميت .

(٥٤) أى بعد الموت اذ ليس الميت قادرا على التصرف ، فلا يتصور منه احداث - ما يوجب عليه ضمانا .

(٥٥) فى الاصل (وعلى انه) الواو زائدة ، الاولى حذفها ، كما هو الحال فى نسخة ((ب)) .

(٥٦) حيث يجب عليه الضمان فى تركته ، لان حفر البئر سبب تلف البهيمة ، ولم يحدث بعده ما يوجب قطع نسبة هذا السبب اليه ، فأضيف التلف الى أقرب مؤثر ، وهو حافر البئر ، فيضمن ما تلف به لذلك . ومحل تضمينه : هو ما اذا كان متعديا فى الحفر ، بان حفر البئر فى غير ملكه وبغير اذن المالك .

أنظر : شرح المحلى جـ٤ ص١٤٩ . التبيين جـ٦ ص١٤٣ . المغنى جـ٨ ص٤٢٣ . حاشية الدسوقى جـ٤ ص٢١٦ .

(١) زاد فى نسخة ((ب)) : ودفع اليه اعنى الضامن . / أى للمضمون له .

(٢) أى وترك المضمون له الخمسمائة المتممة للألف ، بان حطها عن الضامن .

(٣) أى رجع الضامن على المضمون عنه . ومبنى المسألة على : هل يكون ابراء المضمون له الضامن ابراء للمضمون عنه أم لا ؟

وفى نسخة ((ب)) : رجع بخمسمائة على الذى ضمن عنه . / أى وهى التى دفع الثوب الذى يساويها وتسقط الخمسمائة الاخرى .

(٤) والاصح منهما خلافه . أنظر المنهاج ص٦٣ . فتح العزيز جـ١٠ ص٣٩٢ : لو ضمن عشرة وأدى خمسة ، وابرأه رب الدين عن الباقى ، لم يرجع الا بالخمسة =

وقال أبوحنيفة : يرجع بألف .(٥)

لنا : هو أن الضامن كالمقرض(٦) ، فلايجوز أن يرجع بالزيادة(٧) . ولان المضمون له(٨) تبرع عليه(٩) بما تركه ، فلا يرجع به الضامن(١٠) ، كما لو أبرأه .(١١)

= المفروضة . وتبقى الخمسة الاخرى على الاصيل ، ... لأن ـ ابراء الضامن لا يوجب براءة الاصيل . أهـ .

وهو قول المالكية في المشهور : الشرح الكبير جـ٣ ص ٣٣٥ . الجواهر جـ٢ ص ١١١ . شرح المنح جـ٣ ص ٢٥٥ .

واليه ذهب الحنابلة : شرح المنتهى جـ٢ ص ٢٤٧ ؛ وقول رب دين لضامن وهبتكه ، أي الدين تمليك له أي الضامن ، فيرجع به على مضمون عنه ، كما لو دفعه عنه ثم وهبه اياه . أهـ . وأنظر كشاف القناع جـ٣ ص٣٥٣ .

(٥) ومحل الرجوع عليه بالالف:هو ماإذا صالح الضامن المضمون له على جنس آخر غير جنس الدين ، كثوب عن دنانير ، والا رجع بخمسمائة ، كقول الشافعية المذكور .

أنظر الهداية جـ٦ ص ٣٠٨ . التبيين جـ٤ ص ١٥٧ . مجمع الانهر جـ٢ص١٣٤ .
ولم أقف على قول ابن حزم في هذه المسألة .

(٦) في الاصل : كالمقترض ./ وماأثبتناه من نسخة ((ب)) هو الصحيح . وانما قاسه على المقرض من حيث ان المقرض لا يأخذ زيادة على ماأقرض ، وكذلك الضامن لا يجوز أن يأخذ زيادة على ماضمن . فاذا ضمن الفا وادى منها خمسمائة وابرأ المضمون له المضمون عنه من الباقي ، لم يجز للضامن الرجوع بالباقي على المضمون عنه ، لانها زيادة على مادفعه .

(٧) في نسخة ((ب)) : ولا يجوز أن يرجع بالزيادة على ماأقرض .

(٨) سقط لفظ (له) من الاصل ./ والصواب اثباتها كما في نسخة ((ب)) .

(٩) أي على الضامن .

(١٠) أي على المضمون عنه .

(١١) أي كما لو ابرأ المضمون له المضمون عنه من الدين كله . حيث يسقط =

قالوا : لو دفع فى ثمن الشقص ثوبا يساوى خمسمائة (١٢) أخذ الالف من الشفيع (١٣)، فكذلك ها هنا (١٤).

قلبنا : لو ابرأه البائع (١٥) من الثمن لم يسقط عن الشفيع (١٦)، ولو ابرأه المضمون له (١٧) لم يرجع (١٨).

= الضمان عن المضمون عنه بذلك ، فلا يرجع الضامن بشئ من الدين عليه .

بجامع ان فى كل تبرعا على المضمون عنه ، اما الاصل فهو مالو أبرأ المضمون له المضمون عنه من الدين ، واما الفرع فهو مالو ابرأه من بعضه .

ولما كان حكم الاصل هو عدم رجوع الضامن على المضمون عنه بالمضمون اذا ابرأه منه المضمون له ، كان حكم الفرع كذلك فيرجع الضامن بخمسمائة على المضمون عنه أيضا لذلك .

(١٢) فى الاصل : لو دفع فى ثمن الشقص، لم يسقط عن خمسمائة . / والمعنى غير واضح ، فاثبتنا مكانه مافى نسخة ((ب)) .

(١٣) أى ان الشريك اذا باع شقصا يساوى الفا بخمسمائة ، محاباة ، وطلبه الشريك الشفيع جاز للشريك الحادث وهو المشترى بيعه له بقيمته الاصلية وهى الالف وليس بالثمن الذى اشتراه به . لان الاصل فى الشريك الشفيع انه يشترى الشقص المشفوع به بقيمته لا بالثمن الذى اشتراه به الشفيع الحادث عندهم . قال فى التبيين جـ٥ ص ٢٣٩ : وصفتها ان الاخذ بها بمنزلة شراء مبتدأ . أهـ

(١٤) أى فى مسألة الضمان حيث يجوز للضامن أخذ ما ابرأه منه المضمون له ، ويرجع بالدين كله على المضمون عنه .

(١٥) أى بائع الشقص اذا ابرأ المشترى من ثمن الشقص كله .

(١٦) أى فلا يأخذه بلا ثمن لكون البائع قد ابرأ المشترى منه ، بل يشتريه بمثل ثمنه .

(١٧) أى ابرأ المضمون له الضامن .

(١٨) أى على المضمون عنه بالمضمون .

والمقصود: اثبات ان بين الاصل والفرع فى قياسهم الضمان على الشفعة فارقا يبطل به قياسهم المذكور .

* مسألة (١٥٦) : لا يجوز شرط الخيار في الضمان (١) ٠/١٥٩ى٠

وقال أبو حنيفة : يجوز.(٢)

لنا : هو انه عقد لا يقصد به المغابنة (٣)، فلا يثبت فيه خيار الشرط (٤)، كالنكاح (٥).

قالوا : عقد وضع لا يجاب المال ، لا يعتبر فيه القبض في المجلس، فجاز شرط الخيار فيه كالبيع (٦).

---

(١) الام جـ٣ ص ٢٣٠ . الوجيز جـ١ ص ١٨٥ .

وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى جـ٢ ص ٢٥٠ . كشاف القناع جـ٣ ص ٣٧٠
وذكر في المغني جـ٤ ص ٤١٤ قولا آخر انه يبطل الشرط وتصح الكفالة .
وربما كان هذا قول ابن حزم أيضا ، فانه يقول ببطلان شرط الخيار في البيع . أنظر المحلى جـ٩ ص ٣٢٨ .

(٢) الدر المنتقى جـ٢ ص ٢٣ باب الخيارات . اشباه ابن نجيم ص ٢١٠ . معين الحكام ص ١٥٤ .

(٣) أى ادخال كل من البائع أو المشترى النقص على الاخر في الثمن ، تقول : غبنه في البيع والشراء غبنا من باب ضرب مثل غلبه ، فانغبن ، وهو مغبون ، أى منقوص في الثمن أو غيره . أنظر المصباح جـ٢ ص ٩٤ .

(٤) لانتفاء المعنى الذى شرع فيه الخيار ، وهو تفادى الغبن في البيع .

(٥) حيث لا يثبت فيه خيار الشرط.
بجامع ان كلا عقد لا يقصد به المغابنة ، اما الاصل فهو عقد النكاح ، واما الفرع فهو عقد المضاربة .
ولما كان حكم الاصل عدم ثبوت خيار الشرط في النكاح ، كان حكم الفرع كذلك فلا يثبت خيار الشرط في الضمان أيضا لذلك .

(٦) حيث يجوز فيه شرط الخيار .
بجامع ان كلا عقد وضع لا يجاب المال ، اما الاصل فهو عقد البيع ، واما الفرع فهو عقد الضمان .
ولما كان حكم الاصل هو ثبوت شرط الخيار في البيع كان حكم الفرع كذلك فيثبت شرط الخيار في عقد الضمان أيضا لذلك .

قلنا[٧] : البيع يقصد به المغابنة ، فثبت به الخيار لدفع الغبن ، وهذا[٨] لا يقصد به الغبن[٩] فهو كالنكاح والخلع .[١٠]

* مسألة (١٥٧) : لا تصح الكفالة بالبدن[١] ، فى أحد القولين[٢] . / ١٥٩ ى .

---

(٧) فى نسخة ((ب)) : قالوا -/ وهو خطأ من الناسخ .

(٨) أى عقد الضمان .

(٩) فى نسخة ((ب)) : وهذا لا يدفع به الغبن ، كالنكاح والخلع .

(١٠) حيث لا يثبت فيهما شرط الخيار .
بجامع ان كلا عقد لا يقصد به الغبن ، اما الاصل فهو عقد النكاح والخلع .
واما الفرع فهو عقد الضمان .
ولما كان حكم الاصل عدم ثبوت خيار الشرط فى النكاح والخلع ، كان حكم الفرع كذلك ، فلا يثبت فيه شرط الخيار أيضا لذلك .
والمقصود : ان بين الاصل والفرع فى قياسهم المذكور فارقا يبطل به .

(١) وهى التزام احضار المكفول الى المكفول له . مغنى المحتاج جـ٢ ص٢٠٣ .
ومثل البدن فى التسمية به : الجزء الشائع كربعه ، وما لا يعيش الا به كقلبه وعينه اذا قصد بها الذات لا العين الجارحة ، بخلاف نحو يده ورجله اذ لا يصح ذلك مطلقا ، ويستوى فى ذلك الحى والميت ، وقيل : لا يكفى فى الميت الجزء . أنظر قليوبى جـ٢ ص٣٢٧ .
وقد استؤنس فى الاحتجاج بصحتها بقوله تعالى (لن ارسله معكم حتى تؤتون موثقا من الله لتأتننى به) سورة يوسف آية / ٦٦ .
وقد قال الشافعى : كفالة البدن ضعيفة . أى من جهة القياس . أنظر مغنى المحتاج جـ٢ ص ٢٠٣ .
قال المزنى : وضعف الشافعى كفالة الوجه فى موضع واجازها فى موضع آخر الا فى الحدود . أهـ المختصر ص ١٠٩ . وأنا لم رجع على الاول

(٢) فى نسخة ((ب)) : فى أحد الوجهين . / والثانى : تصح . لان الحر لا يدخل تحت اليد ولا يقدر على تسليمه . أنظر مغنى المحتاج جـ٢ ص ٢٠٣ .
وقيل : انها تصح قولا واحدا وهى طريقة ابن سريج . أنظر شرح المحلى =

وقال أبو حنيفة : تصح .(٣)

لنا : هو أنه كفالة بعين(٤) ، فلم تصح ، كالكفالة بالودائع والامانات(٥) ،

= جـ٢ ص ٣٢٧ وعميرة عليه . المهذب جـ١ ص ٣٤٢ .

وأنظر المسألة فى : الام جـ٣ ص ٢٣٠ . المختصر ص ١٠٩ . المنهاج ص٦٢ :

المذهب صحة كفالة البدن ، فان كفل بدن من عليه مال لم يشترط العلم

بقدره ، ويشترط كونه مما يصح ضمانه ، والمذهب صحتها ببدن من عليه

عقوبة لآدمى كقصاص وحد قذف ومنعها فى حدود الله تعالى . أهـ .

(٣) الهداية جـ٦ ص ٢٨٥ . التبيين جـ٤ ص ١٤٧ . مجمع الانهر جـ٢ ص ١٢٤ .

وبصحة الضمان ببدن من عليه مال يقول الحنابلة أيضا دون من عليه حد

أو قصاص .

شرح المنتهى جـ٢ ص ٢٥٣ . كشاف القناع جـ٣ ص ٣٦٣ . المغنى جـ٤ ص٦١٦

وهو قول المالكية : الشرح الكبير جـ٣ ص ٣٤٤ . الجواهر جـ٢ ص ١١٤ . شرح

المنح جـ٣ ص ٢٧٢ .

ومنع ابن حزم الكفالة بالوجه مطلقا ، لا فى المال ولا فى الحد ولا فى شئ

من الاشياء .

أنظر المحلى جـ٨ ص ٥٣٧ .

(٤) فى نسخة ((ب)) : لعين .

(٥) حيث لا تصح الكفالة بها .

بجامع ان كلا كفالة بعين ، اما الاصل فهو الكفالة بالودائع والامانات ، واما

الفرع فهو الكفالة بالبدن .

ولما كان حكم الاصل هو بطلان الكفالة بالودائع والامانات ، كان حكم

الفرع كذلك فلا تصح الكفالة بالبدن أيضا لذلك .

أوكفالة ببدن من عليه الحق ،فأشبه الكفالة ببدن الزوجة والشهود[٦] ، ولانه حق لا يصح أخذ الرهن به ،فلا يصح التكفل به ،قياسا على ماذكرناه[٧]،ولانه ضمان عين في الذمة ، فأشبه السلم في ثمرة[٨] نخلة بعينها[٩] ؛ أو عقد على عين شرط[١٠] فيه تأخير التسليم ، فأشبه اذا باع عينا وشرط فيه[١١] التأخير.

---

(٦) حيث لا تجوز الكفالة بهما.

بجامع ان كلا كفالة ببدن من عليه الحق ، اما الاصل فهو الكفالة ببدن الزوجة والشهود واما الفرع فهو الكفالة بالبدن .

ولما كان حكم الاصل عدم صحة الكفالة ببدن الزوجة والشهود ، كان حكم الفرع كذلك فلا تصح الكفالة بالبدن أيضا لذلك .

(٧) يعني القياس على الكفالة ببدن الزوجة والشهود .

(٨) سقط لفظ (ثمرة) من نسخة ((ب)) .

(٩) حيث لا يجوز لما فيه من غرر تلفها فتقع الخصومة بين المسلم والمسلم اليه .

بجامع ان كلا ضمان عين في الذمة اما الاصل فهو السلم ،واما الفرع فهو الضمان ،

ولما كان حكم الاصل بطلان السلم في ثمر نخله بعينها ، كان حكم الفرع كذلك فتبطل الكفالة بالبدن أيضا لذلك .

(١٠) في نسخة ((ب)) : يشرط .

(١١) حيث لا يجوز شرط التأخير فيه .

بجامع ان كلا عقد على عين شرط فيه تأخير التسليم ، اما الاصل فهو مالو باع عينا وشرط فيه تأخير التسليم ،

واما الفرع فهو الكفالة بالبدن ،ولما كان حكم الاصل بطلان عقد البيع اذا شرط فيه تأخير التسليم كان حكم الفرع كذلك فتبطل الكفالة بالبدن أيضا لذلك .

قالوا : روى انه كان لابن عمر على[(١٢)] دين ، فكفلت به أم كلثوم[(١٣)] ، وان ابن مسعود استتاب قوما ارتدوا فكفلهم عشائرهم .[(١٤)]

---

(١٢) سقط لفظ (على) رضى الله عنه من نسخة ((ب)) . وأنظر ترجمته فى المسألة رقم (٤٠) هامش (١١)

وأنظر ترجمة ابن عمر فى المسألة رقم (٤) هامش (٣) .

(١٣) هى ام كلثوم بنت العباس بن عبد المطلب الهاشمية ، ادركت النبى صلى الله عليه وسلم ، روت عن النبى صلى الله عليه وسلم قوله : اذا اقشعر جلد العبد من خشية الله تحاتت عنه خطاياه .

أنظر الاصابة جـ٤ ص ٤٩٢ رقم/ ١٤٨٢ .

والاثر ضعيف ، قال ابن حزم : لم يصح قط اباحة كفالة الوجه عن صاحب ولا تابع ، فهى باطل متيقن لا تجوز البتة . أهـ المحلى جـ٨ ص ٥٤١ .

(١٤) رواه البخارى تعليقا جـ٢ ص ٣٨ باب الكفالة فى القرض والديون بالابدان وغيرها .

فقال : وقال جرير والاشعث لعبد الله بن مسعود فى المرتدين : استتبهم وكفلهم ، فتابوا وكفلهم عشائرهم . أهـ .

ورواه البيهقى جـ٦ ص ٧٧ باب ماجاء فى الكفالة ببدن من عليه الحق ، باتم من هذا فساق بسنده عن أبى اسحاق عن حارثة بن مضرب ، قال : صليت الغداة مع عبد الله بن مسعود فذكر قصة ابن النواحة واصحابه وشهادتهم لمسيلمة الكذاب بالرسالة وان عبد الله بن مسعود رضى الله عنه امر بقتل ابن النواحة ، ثم استشار الناس فى اولئك النفر ، فقام جرير والاشعث ، فقالا استتبهم وكفلهم عشائرهم ، فاستتابهم فتابوا فكفلهم عشائرهم . أهـ. وساقه المصنف فى المهذب جـ١ ص ٣٤٢ بتمامه .

ورواه ابن حزم أيضا من طريق اسرائيل عن أبى اسحاق عن حارثة بن مضرب ان ابن مسعود .. . الخ . واسرائيل ضعيف .

وروى هذا الاثر من طرق أخرى صحيحة ، لكن ليس فيها انه كفل بهم .

أنظر المحلى جـ٨ ص ٥٣٨ . ومابعدها .

وأنظر ترجمة ابن مسعود فى المسألة رقم (٥٩) هامش (٢٣) .

قلنا : أم كلثوم انما تكفلت بالدين لا بالبدن (١٥) ، وابن مسعود فعل ذلك احتياطا لان بعد التوبة لا حق عليهم ، فيحتاج الى الكفالة.

قالوا : الحضور حق واجب عليه ، فجاز الكفالة به ، كالدين . (١٦)

قلنا (١٧) : الحضور عند الزوج (١٨) حق يجب على الزوجة ، وعلى الشهود لأداء الشهادة ، ثم لا تجوز الكفالة به (١٩) ، ثم ذاك (٢٠) دين فجاز ضمانه في الذمة ، وهذا (٢١) عين فلم يجز (٢٢) ، ولان الدين يقوم الضامن فيه مقام المضمون عنه في الايفاء وفي البدن لا يقوم الكفيل مقام المكفول به . (٢٣)

---

(١٥) سقط قوله (لا بالبدن) من نسخة ((ب)) .

(١٦) حيث يجب عليه الحضور الى مجلس القضاء ، لا جله . بجامع ان الحضور حق واجب عليه في كل من الاصل وهو الدين والفرع وهو الكفالة بالبدن .
ولما كان حكم الاصل هو صحة الكفالة بالدين ، كان حكم الفرع كذلك فيجوز الكفالة بالبدن أيضا لذلك .

(١٧) في نسخة ((ب)) : قلنا : يبطل ببدن الزوجة ، ثم ذاك دين . . الخ .

(١٨) قوله (عند الزوج) زائد لا معنى له .

(١٩) أي ببدن الزوجة والشهود . أي فبطلت العلة التي ذكروا بذلك .

(٢٠) في نسخة ((ب)) : ثم ذلك . / اشارة الى الاصل المقيس عليه عندهم وهو الدين .

(٢١) أي بدن المكفول .

(٢٢) أي فلم يجز قياس احدهما على الاخر للفارق المذكور.

(٢٣) أي وهذا فارق آخر يتأكد به بطلان قياسهم المذكور.

قالوا : البدن يجب تسليمه بالعقود ، فجاز الكفالة به ،كالمال .(٢٤)

قلنا : يبطل ببدن الزوجة فى النكاح .(٢٥)

---

(٢٤) حيث يجوز الكفالة به .
بجامع وجوب تسليمه بالعقود فى كل من الاصل وهو المال والفرع وهو البدن .
ولما كان حكم الاصل جواز الكفالة بالمال ، كان حكم الفرع كذلك فيجوز الضمان بالبدن أيضا لذلك .

(٢٥) حيث لا يجوز الكفالة به فيه مع كونه يجب على وليها تسليم بدنها بسبب عقد النكاح . أى فانتقضت العلة التى جعلوها جامعا فى قياسهم المذكور .

" مسـائل الشـركة (*) "

* مسألة (١٥٨) : تصح الشركة على كل ماله مثل (١) ، فى أصح الوجهين (٢) ٠/١٥٩ ش

(*) الشركة بكسر الشين المعجمة واسكان الراء ، وبمعناها أيضا الشـرك ، وتجمع الشركة على شرك بكسر الشين المعجمة وفتح الراء المهملة . أنظر تصحيح التنبيه ص ٧٥ .
تقول شركته فى الامر اشركه ، من باب تعب : شركا وشركه ، وزان كلم وكلمة ، بفتح الاول وكسر الثانى : اذا صرت له شريكا .
ويجمع الشريك على شركاء واشراك ، والاصل ان تقول : اشركت فلانا فى الامر وفى البيع ، أى جعلته لك شريكا ، ثم خفف المصدر بكسر الأول وسكون الثانى ، واستعمال المخفف اغلب ، فيقال : شرك وشركة ، ككلم وكلمة .
أنظر المصباح جـ١ ص ٣٣٢ .
وهى فى الشرع : الاجتماع فى استحقاق أو تصرف .
والشركة مشروعة بالكتاب والسنة والاجماع .
اما الكتاب: فقوله تعالى (فهم شركاء فى الثلث) النساء آية / ١٢ .
وقوله (وان كثيرا من الخلطاء ليبغى بعضهم على بعض الا الذين آمنوا وعملوا الصالحات وقليل ماهم .) سورة ص آية رقم / ٢٤ .
واما السنة: فماروى أبو داود مرفوعا : يقول الله تعالى : أنا ثالث الشريكين مالم يخن أحدهما صاحبه ، فاذا خانه خرجت من بينهما . أهـ. وسكت عنه .
سنن أبى داود جـ٣ ص ٢٥٦ كتاب البيوع ، باب فى الشركة ، رقم / ٣٣٨٣ .
وقد اجمع المسلمون على جواز الشركة فى الجملة ، واختلفوا فى بعض أنواعها .
والشركة قسمان :
الأول : شركة املاك .
الثانى : شركة عقود ، وهذه على خمسة أنواع ،
شركة العنان ، والابدان والوجوه والمضاربة والمفاوضة . أنظر المغنى جـ٥ ص٣
(١) أى كل ما حصل له كيل أو وزن أو ذرع أو عد .
(٢) المنهاج ص ٦٣ : وتصح - أى شركة العنان - فى كل مثلى دون المتقوم وقيل =

وقال أبو حنيفة : لا تصح الا على الاثمان .(٣)

لنا : هو انه من ذوات الأمثال ، فأشبه الاثمان .(٤)

= تختص بالنقد المضروب . أهـ . وقال الغزالي : واشارة النص الى أنه لا بد وان يكون نقدا كالقراض لان مقصوده التجارة ، والا قيس انه يجوز في كل مال مشترك . أهـ . ونص الرافعي على أن الجواز أصحهما ، فتح العزيز جـ ١٠ ص ٤٠٧ .

وذهب المالكية الى جوازه بالذهب من كل منهما بشرط التساوى بينهما في الوزن والجودة والرداءة ، وكذا في الفضة ، وتجوز بالعرضين منهما ، وبالعرض من احدهما والنقد من الاخر .

أنظر الخرشي جـ ٦ ص ٤٠ . الشرح الكبير جـ ٣ ص ٣٤٨ و ص ٣٤٩ . شرح المنح جـ ٣ ص ٢٨١ و ص ٢٨٢ .

(٣) وذهب محمد وأبو يوسف في احدى الروايتين عنه الى جوازها في الفلوس النافقة أي الرائجة وفي جوازها في التبر وهو الذهب والفضة قبل أن يضربا وفي النقرة وهي القطعة المذابة منهما خلاف .

أنظر الهداية جـ ٥ ص ٣٨٩ . التبيين جـ ٣ ص ٣١٦ و ص ٣١٧ . مجمع الانهر جـ ٢ ص ٧١٩ و ص ٧٢٠ .

وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى جـ ٢ ص ٣٢٠ . كشاف القناع جـ ٣ ص ٤٨٧ .

وذكر في المغني جـ ٥ ص ١٣ .

رواية أخرى عن أحمد أنه يجوز أن يكون رأس المال في الشركة والمضاربة عروضا وتجعل قيمتها وقت العقد رأس المال .

وبصحتها بكل مال له مثل يقول ابن حزم أيضا . المحلى جـ ٨ ص ٥٤٥ .

(٤) في نسخة ((ب)) : فأشبه الامثال . / وهو خطأ .

حيث تجوز الشركة على الاثمان قطعا .

بجامع ان كلا من ذوات الامثال ، اما الاصل فهو الاثمان ، واما الفرع فهو ماله مثل .

ولما كان حكم الاصل صحة الشركة على الاثمان كان حكم الفرع كذلك فتصح الشركة على كل ماله مثل أيضا لذلك .

قالوا : عقد يبتغى به طلب النماء ، فلم يجز على غير الاثمان ، كالمضاربة.(٥)

قلنا : الا أن(٦) فى المضاربة يحتاج الى رد رأس المال(٧) وربما غلا الطعام فيستغرق جميع الربح(٨)، وربما رخص(٩) فيذهب العامل ببعض رأس المال(١٠)، وفى الشركة لا يأخذ واحد منهما شيئا من مال الآخر.(١١)

مسألة (١٥٩) : لا تصح الشركة الا على مالين ، متماثلين(١). / ١٥٩ ش.

---

(٥) حيث لا تصح الا على الاثمان .
بجامع ان كلا عقد يبتغى به الانماء ، اما الاصل فالمضاربة واما الفرع فشركة العنان .
ولما كان حكم الاصل عدم جواز شركة المضاربة فى غير الاثمان كان حكم الفرع كذلك فلا تصح شركة العنان على غير الاثمان أيضا لذلك .

(٦) فى نسخة ((ب)) : لان فى المضاربة .. الخ .

(٧) فى الاصل : رد أرأس المال . / وهى جمع قلة . وصوابها ان تجعل الهمزة على الواو هكذا : ارؤس . وجمع الكثرة رؤوس . أنظر المختار ص ٢٤٦ .

(٨) أى فيبقى الشريك المضارب ولا شئ له .

(٩) أى الطعام .

(١٠) لانه سيأخذ نصيبه المحدد فى المضاربة فربما ضاق الربح عن كفاية نصيبه فيكمله من رأس المال .

(١١) أى فلا يصح قياس شركة العنان على المضاربة للفارق المذكور بينهما .

(١) بان يدفع أحدهما ذهبا والاخر ذهبا ، أو يدفع احدهما فضة والاخر فضة أيضا .
أنظر المسألة فى : المختصر ص ١٠٩ . فتح العزيز جـ ١٠ ص ٤٠٨ . شرح المحلى جـ ٢ ص ٣٣٤ .
واجازه المالكية بذهبين أو فضتين أو بعين من أحدهما وعرض من الاخر أو بعرضين لا بذهب وفضة .
أنظر الشرح الكبير جـ ٣ ص ٣٤٨ . الجواهر جـ ٢ ص ١١٦ . شرح المنح جـ ٣ ص ٢٨٦ .
وبقول الشافعية يقول ابن حزم . المحلى جـ ٨ ص ٥٤٦ .

وقال أبو حنيفة : يصح اذا كان من أحدهما دراهم ومن الآخر دنانير.(٢)

لنا : هو أنهما جنسان فأشبها(٣) الحنطة والشعير،(٤) أو مالان يتميز(٥) أحدهما عن الآخر فأشبه ماقلنا.(٦)

قالوا : هما كالجنس الواحد ،لأنه يثمن بهما(٧) الأشياء وتقوم(٨) المتلفات.

---

(٢) خلافا لزفر.
الهداية جـ٥ ص٣٩٨ : التبيين جـ٣ ص٣١٨ . مجمع الانهر جـ١ ص٧٢٢ .
وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى جـ٢ ص٣٢٠ . كشاف القناع جـ٣ ص٤٨٨
المغني جـ٥ ص١٤ .

(٣) في نسخة ((ب)) : فأشبه .

(٤) حيث لا تجوز الشركة عليهما .
بجامع أن كلا جنسان مختلفان ، أما الاصل فهو الحنطة والشعير ، واما الفرع فهو الذهب والفضه .
ولما كان حكم الاصل عدم صحة الشركة على الحنطة من أحدهما والشعير من الآخر ، كان حكم الفرع كذلك ،فلا تصح الشركة على أن يكون الذهب من أحدهما والفضة من الآخر أيضا لذلك .

(٥) في الأصل : أو تثمين أحدهما عن الآخر. / وهي غير واضحة .
وفي نسخة ((ب)) : أو مالا يتميز أحدهما عن الآخر.
والصواب زيادة النون في (مالان) تثنية مال ،وهما الذهب والفضة .

(٦) في نسخة ((ب)) : ماقلناه . / وهو قياسه على الحنطة والشعير.

(٧) أي يعرف بهما ثمن الأشياء ، والثمن محرك الأول والثاني هو مااستحق به الشئ ،ففي المصباح جـ١ ص٩٣ ثمنته تثمينا جعلت له ثمنا بالحدس والتخمين .أهـ

(٨) في نسخة ((ب)) : وتقوم بهما المتلفات . / أي فجازت الشركة عليهما .
بجامع تثمين الأشياء وتقويم المتلفات في كل من الاصل وهو الجنس الواحد من الاثمان . والفرع وهو الجنسان الذهب والفضة .
ولما كان حكم الاصل جواز الشركة على الجنس الواحد من الشريكين ، كان حكم الفرع كذلك فتجوز الشركة على الذهب من أحدهما والفضة من الآخر أيضا لذلك .

قلنا : لو كان كالجنس الواحد لحرم فيهما التفاضل (٩)، ولا تفق نصابهما وفرضهما في الزكاة (١٠) وجاز لمن له على رجل أحدهما (١١) فوجد الآخر (١٢) يأخذه عندهم (١٣)، ثم هما مختلفان ومتميزان والشركة لا تكون مع التمييز.

قالوا : الشركة معقودة على الوكالة (١٤)، ولو وكل كل واحد منهما صاحبه أن يشترى بما (١٥) معه من النقد (١٦) شيئا بينهما جاز، فكذلك اذا اشتركا (١٧).

---

(٩) أي في الصرف . أي والحال جواز التفاضل فيهما بشرط القبض في المجلس.

(١٠) أي والحال أن ذلك فيهما مختلف ، فنصاب الذهب : عشرون مثقالا ، ونصاب الفضة مائتا درهم ، بوزن مكة . وفرضهما ربع العشر لكل منهما .
أنظر المنهاج ص ٣١ .

(١١) بان كان له عليه ذهبا أو فضة ، من قرض أو بيع أو نحو ذلك .

(١٢) بان كان لمن عليه ذهبا فوجد عنده فضة ، أو العكس .

(١٣) لانهما جنس واحد ، حيث تجمعهما الثمنية. أنظر الهداية جـ٨ ص ٢٠٧ .
وفي نسخة ((ب)) : ولا يجب عندهم .

(١٤) وانما شرطت الوكالة فيها ليتحقق المقصود وهو الشركة في المشترى . لانه لا يقدر أن يدخله في ملك صاحبه الا بالوكالة منه ، اذ لا ولاية له عليه .أهـ التبيين جـ٣ ص ٣١٤ .

(١٥) في الاصل : أن يستوى ./ والصواب ما أثبتناه من نسخة ((ب)) .

(١٦) أي المعين ، لقوله بما معه من النقد . أي وهو لا يعلم ما معه من النقد هل هو دنانير أم دراهم .

(١٧) أي فيجوز أن يشتركا في المالين وان اختلف جنساهما .
بجامع الانعقاد على الوكالة في كل من الاصل وهو ما لو وكل كل واحد منهما صاحبه أن يشترى بما معه من النقد شيئا بينهما ، والفرع وهو ما اذا اشتركا بما معهما .
ولما كان حكم الاصل صحة العقد فيه ، كان حكم الفرع كذلك فيجوز لهما الاشتراك مع اختلاف ماليهما أيضا لذلك .

قلنا : لا نسلم ذلك [١٨] ، وانما يجوز اذا وكله بأن يشتري في الذمة [١٩] ،
ومثل هذا [٢٠] يجوز في الطعام بأن يوكله أن يشتري بطعام في الذمة عبدا بينهما [٢١] ،
ثم لو عقدا [٢٢] الشركة على الطعام لم يجز [٢٣] .

* مسألة (١٦٠) : لا تصح الشركة الا بخلط [١] المالين [٢] . / ١٥٩ ش .

---

(١٨) أي بأنه اذا وكله في شراء شيء بما عنده من المال ليكون بينهما ، فان تلك الوكالة لا تصح لانها على مال معين ، واذا لم نسلم بصحته في الوكالة فلا نسلم صحته في الشركة أيضا .

(١٩) أي ويكون شركة بينهما فيصح .

(٢٠) أي هذا التوكيل في الذمة .

(٢١) حيث يصح ذلك ويكون العبد شركة بينهما .

(٢٢) في الاصل بالافراد : (لو عقد) .

(٢٣) أي عندكم لان الطعام ليس من الاثمان . أنظر الهداية جـ ٣ ص ٣٨٩ وعندنا في أحد الوجهين . أنظر المنهاج ص ٦٣ .
أي فدل على أن الشركة ليست معقودة على الوكالة كما قالوا .

(١) الخلط : الجمع بين أجزاء الشيئين ، سواء كانا مائعين أو جامدين أو أحدهما مائعا والآخر جامدا ، وهو أعم من المزج حيث هو في المائعات خاصة .
أنظر : بصائر ذوي التمييز جـ ٢ ص ٥٦٠ . المصباح جـ ١ ص ١٩١ .

(٢) والمراد بالخلط هنا هو الخلط الذي يعسر معه تمييز مال أحدهما عن الآخر.
وليكن الخلط قبل العقد ، فان تراخى عنه ففي صحته خلاف والاظهر المنع.
ومحل الخلاف المذكور هو ما اذا تراخى عن العقد ولا زالا في المجلس والا بطل قطعا .
أنظر : المختصر ص ١٠٩ . فتح العزيز جـ ١٠ ص ٤٠٨ . المنهاج ص ٦٣ .
والى وجوب الخلط أيضا ذهب ابن حزم . المحلى جـ ٨ ص ٥٤٥ .

وقال أبو حنيفة : تصح من غير خلط[٣] .

لنا : هو أن[٤] مال أحدهما متميز[٥] عن مال الآخر ، فأشبه الحنطة[٦] ،

---

(٣) خلافا لزفر.
الهداية جـ٥ ص٤٠٠ . التبيين جـ٣ ص٣١٩ . مجمع الانهر جـ١ ص٧٢٢ .
وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى جـ٢ ص٣٢١ . كشاف القناع جـ٣ ص٤٨٨ .
المغنى جـ٥ ص١٥ .
والمشهور عند المالكية أن الخلط ليس بشرط فى صحة الشركة وان كان شرطا فى الضمان فيها . وقيل : هو شرط فى لزوم العقد والضمان معا .
والخلط المعتبر عندهم هو الخلط الحسى بأن لم يتميز المالان ، أو الحكمى بأن تميزا وكانا عند غيرهما أو عند أحدهما .
أنظر المسألة : الخرشى جـ٦ ص٤١ . الشرح الكبير جـ٢ ص٣٤٩ . شرح المنح جـ٣ ص٢٨٣ .

(٤) فى الأصل : هو أنه .

(٥) فى نسخة ((ب)) : يتميز . / أى فى حال عدم الخلط .

(٦) كذا فى الاصل ونسخة ((ب)) . والصواب زيادة لفظ : (والشعير) ليتم الاستدلال . أنظر المجموع جـ١٣ ص٥٨ .
حيث لا تصح الشركة عليهما لتمايزها بعد الخلط.

بجامع تميز مال كل منهما عن الآخر . فى كل من الاصل وهو الحنطة والشعير والفرع وهو سائر الأموال .

ولما كان حكم الاصل هو عدم صحة الشركة فيه ، كان حكم الفرع كذلك فلا تصح فيما يتميز من الأموال بعد الخلط أيضا لذلك .

ولأنه لو هلك أحدهما [٧] هلك من صاحبه [٨]، وان سلم [٩] بقى على ملكه ، فلا شركة بينهما فيه ، كما لو لم يتقاولا عليه [١٠]، ولان هذا عقد شركة [١١]، ولا اشتراك بينهما في شئ [١٢].

قالوا : عقد على التصرف فى المال ، فانعقد بالقول [١٣]، كالمضاربة [١٤]،

قلنا : ذاك [١٥] معقود على تصرف أحدهما ومال [١٦] الآخر ، ولهذا سميت مضاربة ، وهذا [١٧] معقود على تصرف فى مال مشترك [١٨]، ولهذا سمى شركة

---

(٧) أى أحد المالين الذين وقعت عليهما الشركة بدون خلط .

(٨) أى فلا يشاركه الاخر فى تحمل الخسارة فيه لانفصاله عن مال الآخر .

(٩) أى مال كل واحد منهما .

(١٠) أى كما لو لم يجريا بينهما فيه عقد الشركة أصلا .
حيث يهلك ان هلك على صاحبه ، وكذا ان سلم بقى على ملك صاحبه .

(١١) أى فيقتضى أن يكون لكل من الشركاء ملك فى كل جزء من الماليين .

(١٢) لانفصال ماليهما فيه .

(١٣) أى وان لم يصحبه خلط للمال الذى وقعت عليه الشركة .

(١٤) حيث تنعقد بمجرد القول منهما .
بجامع ان كلا عقد على مال ، اما الاصل فالمضاربة ، واما الفرع فالشركة على مال .
ولما كان حكم الاصل انعقاد شركة المضاربة بالقول ، كان حكم الفرع كذلك فتنعقد الشركة فى المال بالقول وان لم يخلطا المال أيضا لذلك .

(١٥) أى عقد المضاربة .

(١٦) فى نسخة ((ب)) : وبمال الآخر .

(١٧) أى الشركة فى المال ، وتسمى شركة العنان بكسر العين المهملة ، قال الفراء وابن قتيبة وغيرهما : هى مشتقة من قولك عن الشئ يعن ، اذا عرض كأنه عن لهما أى عرض هذا المال فاشتركا فيه . تصحيح التنبيه ص ٧٥ .

ولا اشتراك بينهما ،[١٩] ولان العامل فى المضاربة يستحق ربح مال غيره ، فصح بالقول ، والشريك يستحق ربح مال نفسه ، لا ربح مال غيره.[٢٠] فلم يحصل بالقول .[٢١]

قالوا : الشركة وكالة ،[٢٢] فانعقدت بمجرد القول ، كما لو قال : اشتر سلعة بيني وبينك .[٢٣]

قلنا : هي[٢٤] وكالة ، ولكن[٢٥] فى مال مشترك ، ولا اشتراك بينهما ،[٢٦]

---

(١٨) فى نسخة ((ب)) : فى مال مستو ٠/ من التساوى ومافى الاصل أولى لانها تصح مع تفاوتهما فى رأس المال .

(١٩) أى فيما اذا لم يخلطاه .

(٢٠) أى ولا يقال لمال الشركة انه مال للشريك الا اذا كان شريكا فى كل جزء منه ، وذلك لا يكون الا بالخلط .

(٢١) أى وهذا فارق بين الاصل والفرع فى قياسهم الشركة فى المال على شركة المضاربة فى الانعقاد بالقول ، والقياس مع الفارق باطل .

(٢٢) أى من كل واحد منهما للآخر فى التصرف فى المال المشترك بينهما ليكون ما يستفاد بالتصرف مشتركا بينهما . أنظر الهداية جـ ٥ ص ٣٧٩ .

(٢٣) حيث ينعقد ذلك بينهما بمجرد القول ويشتركان فى السلعة .
بجامع ان كلا وكالة ، اما الاصل فهو مالو قال : اشتر سلعة بيني وبينك وأما الفرع فهو الشركة فى المال .
ولما كان حكم الاصل هو انعقاده بالقول كان حكم الفرع كذلك فتنعقد الشركة بالمال بالقول أيضا لذلك .

(٢٤) أى الشركة فى المال .

(٢٥) سقط قوله (ولكن) من نسخة ((ب)) .

(٢٦) أى وانما يتأتى الاشتراك بينهما فى السلعة اذا اشتراها الوكيل بنية الشركة بثمن فى الذمة .

ولهذا يجوز[٢٧] الوكالة على مال في الذمة[٢٨]، ولا يجوز الشركة الا على مال حاضر[٢٩]، ويخالف ما قاسوا عليه، فان هناك[٣٠] العوض يثبت في ذمتهما، فوقع الملك لهما[٣١]، وقسم الربح بينهما، وها هنا[٣٢] المشترى بمال أحدهما، فلا يشاركه الاخر في ربحه[٣٣].

* مسألة (١٦١) : لا يجوز شرط التفاضل في الربح مع تساوي المالين[١]، ولا شرط[٢] التساوي مع تفاضل المالين[٣]. /١٦٠ى.

---

(٢٧) أي كون الشركة منعقدة على مال مشترك.

(٢٨) لانه يصح للوكيل أن يتحمل عن غيره مالا في الذمة، اما أن يملك غيره عينا بلا عقد بينهما فلا يصح.

(٢٩) أي يشتركان فيه، وهذا يقتضي الخلط.

(٣٠) أي في الاصل المقيس عليه وهو ما لو قال: اشتر سلعة بيني وبينك. أي وتكون شركة بيننا.

(٣١) أي ابتداء لوقوعه لهما غير متميز لان الذمة تتحمل حقوقا كثيرة في آن واحد.

(٣٢) أي في الشركة على مال لم يخلطاه.

(٣٣) لعدم مشاركة مال الاخر في التعرض لخطر الخسارة.
أي فبطل قياسهم، لوجود الفارق المذكور بين الاصل والفرع فيه.

(١) في نسخة ((ب)) : الملكين.

(٢) في نسخة ((ب)) : ولا بشرط.

(٣) سواء تساويا في العمل في الشركة أو تفاوتا فيه.

المختصر ص ١٠٩ . الوجيز جـ١ ص ١٨٧ . المنهاج ص ٦٤.
وهو قول المالكية : الخرشي جـ٦ ص ٤٥. الشرح الصغير جـ٢ ص ١٧٠.
شرح المنح جـ٣ ص ٣٩٤.
وبه يقول ابن حزم - المحلى جـ٨ ص ٥٤٦.

وقال ابو حنيفة : يجوز (٤)

لنـا : هو انهما تساويا فى رأس المال فتساويا فى الربح (٥)، كحال الاطلاق (٦).

أو أحد (٧) ماتفضى اليه الشركة ،فلا يجوز شرط (٨) التفاضل فيه مع تساوى المال ،كالخسران (٩)،

---

(٤) خلافا لزفر.

الهداية جـ٥ ص ٣٩٧ وص٤٠٦ . التبيين جـ ٣ ص٣١٨ . مجمع الانهرجـ٢ص٧٢٦ .

وهو قول الحنابلة . شرح المنتهى : ٢ ص ٣٢٠ . كشاف القناع جـ٣ ص ٤٨٨ .

المحرر جـ١ ص ٣٥٤ : والربح فى كل شركة على ماشرطاه . أهـ والمغنى :

جـ٥ ص ٢٣ أيضا .

(٥) أى ولو مع الشرط الفاسد ،فان الشرط فى الشركة اذا فسد بقى اذن كل منهما للآخر فى التصرف فى المال فيوزع الربح بينهما على قدر المالين .

(٦) حيث يتساويان فى الربح فيه .

بجامع التساوى فى رأس المال فى كل من الاصل وهو مالو لم يشترطا شيئا ،والفرع وهو مالو اشترطا التفاضل فى الربح مع تساوى المالين ،أو التساوى مع تفاضل المالين ،

ولماكان حكم الاصل التساوى فى الربح فيه ،كان حكم الفرع كذلك فيتساويان فى الربح وان اشترطا التفاضل فيه أيضا لذلك .

(٧) صفة لموصوف محذوف تقديره : الربح أحد ماتفضى اليه الشركة.

(٨) فى نسخة ((ب)) : بشرط .

(٩) حيث لا يجوز اشتراط التفاضل فيه .

بجامع ان كلا أحد ماتفضى اليه الشركة ، اما الاصل فهو الخسران ، واما الفرع فهو الربح .

ولما كان حكم الاصل عدم جواز اشتراط التفاضل فى الخسران مع تساوى المالين كان حكم الفرع كذلك فلا يجوز اشتراط التفاضل فى الربح أيضا لذلك .

ولأنه(١٠) شرط جزءا من الربح لمن لا يستحقه بمطلق الشركة،(١١) فكان على(١٢) قدر المال : كالثمرة(١٣) والنتاج .

قالوا : عقد يطلب به الربح يجوز مع تساوى الربح ، فجاز مع التفاضل ، كالقراض(١٤).

---

(١٠) فى نسخة ((ب)) : أو نقول : شرط لمن لا يستحقه بمطلق الشركة ، فلم يستحقه بالشرط ، كما لو شرط لاجنبى ، ولانه نماء مال مشترك فكان على قدر . . . الخ . .

(١١) أى غير المقيدة بشرط التفاضل فى الربح .

(١٢) أى الربح .

(١٣) النتاج بالكسر : اسم يشمل وضع البهائم من الغنم وغيرها . واذا ولى الانسان ناقة أو شاة ماخضا حتى تضع قيل : نتجها نتجا ، من باب ضرب، فالانسان كالقابلة ، لانه يتلقى الولد ، ويصلح من شأنه ، فهو ناتج والبهيمة منتوجة والولد نتيجة. أهـ. المصباح جـ٢ ص ٢٥٩ حيث تكون الثمرة والنتاج فى الشركة على قدر رأس المال وهو الشجر والحيوان .
بجامع ان فى كل شرط جزء من الربح لمن لا يستحقه بمطلق الشركة .
أما الاصل فهو الثمرة والنتاج ، واما الفرع فهو ربح المال .
ولما كان حكم الاصل عدم صحة اشتراط الزيادة لاحدهما فى الثمرة ، والنتاج بل يكون الربح بينهما على قدر الشجر والحيوان ، كان حكم الفرع كذلك فلا يصح اشتراط الزيادة فى الربح مع التساوى فى المال أيضا لذلك .

(١٤) أى فى المال ، من باب قاتل ، وهو المضاربة فيه . أنظر المصباح جـ٢ص٥٦ ١ .
وسيأتى فى مدخل مسائل القراض بيان معنى المضاربة لغة وشرعا وأدلة مشروعيتها . حيث تجوز فيه الشركة مع التفاضل بينهما فى الربح .
بجامع ان كلا عقد يطلب به الربح . اما الاصل فهو عقد القراض - واما الفرع فهو عقد الشركة على مال .
ولما كان حكم الاصل هو جواز التفاضل بين الشريكين فى القراض ، كان حكم الفرع كذلك فيجوز التفاضل فى الشركة على المال أيضا لذلك .

قلنـا : يبطل بشركة المفاوضة.(١٥) ولان العامل فى القراض(١٦) يستحق الربح بالشرط فى مقابلة عمله ، فحمل على الشرط ، والشريك يستحق بالمال(١٧) فحمل(١٨) على المال بينه انه لو اطلق القراض استحق العامل بدل عمله(١٩)، ولو أطلق الشركة(٢٠) لم يستحق العامل بدل عمله.(٢١)

قالوا : ولأنا ندل(٢٢) على أن الربح يستحق فى الشركة بالعمل ، فنقول : عقد يستحق الربح فيه بالمال فجاز أن يستحق بالعمل ، كالمضاربة.(٢٣)

---

(١٥) أى عندكم ، حيث هى عقد يطلب به الربح ، ثم لا يجوز التفاضل بينهما فيها أنظر الهداية جـ٥ ص ٣٧٩ وشركة المفاوضة : هى أن يعقد الشركة على أن يشتركا فيما يكتسبان بالمال والبدن ، وان يضمن كل واحد منهما ما يجب على الآخر ، بغصب أو بيع أو ضمان .

وهى شركة باطلة . أهـ المهذب جـ١ ص ٣٤٦.

(١٦) فى نسخة ((ب)) : فى المضاربة ./ وهى بمعنى القراض أيضا .

(١٧) أى يستحق الربح فى مقابلة ماله .

(١٨) أى الربح .

(١٩) وهو اجرة مثله ، لذلك العمل .

(٢٠) أى شركة المال ، وهى شركة العنان .

(٢١) أى فيما اذا اشتركا فى المال ، وقام احدهما فى الشركة بعمل بدون شرط بينهما فيه .

(٢٢) من الدلالة وهى البرهان .

(٢٣) حيث يستحق المضارب بعض الربح بعمله .

بجامع ان كلا عقد يستحق الربح فيه بالمال ، اما الاصل فهو المضاربة . واما الفـرع فهو الشركة على المال .

ولما كان حكم الاصل هو استحقاق الشريك المضارب بعض الربح بالعمل ، كان حكم الفرع كذلك فيستحق الشريك فى المال بعض الربح بالشرط أيضا لذلك .

قلنا : فى حال الاطلاق يستحق بالمال ولا يستحق بالعمل ، ثم نقلب

فنقول : فمن أخذ الربح فيه بالمال لم يأخذ بالعمل ، كالمضاربة.(٢٤)

قالوا : العمل يستحق به الربح ، وقد يكون لاحدهما فضل عمل(٢٥) ، فشرط(٢٦)

له جزء من الربح(٢٧) .

قلنا : ولكن فى الشركة لا يستحق بالعمل(٢٨) ، فلا يستحق بفضل العمل(٢٩) ،

ولان عندهم لو لم يكن له فضل عمل استحق أيضا(٣٠) .

---

(٢٤) حيث لا يأخذ فيها رب المال الربح بالعمل .
بجامع أخذ الربح فيه بالمال ، فى كل من الاصل وهو المضاربة والفرع وهو
الشركة على مال .
ولما كان حكم الاصل هو عدم أخذ رب المال الربح فيه بالعمل مع أخذه
اياه بالمال ، كان حكم الفرع كذلك فلا يأخذ الشريك فى المال الربح
بالعمل مع أخذه اياه بالمال أيضا لذلك .

(٢٥) أى على شريكه ، وذلك لخبرة له فى العمل دون صاحبه أو لزيادة خبرة له
فيه .

(٢٦) فى نسخة ((ب)) : فيشرط له .

(٢٧) أى فى مقابل ما بذله من العمل للشركة زيادة على صاحبه .

(٢٨) أى أصلا ، فاذا بذله كان متبرعا به فلا يستحق عليه مالا ، لانه انما يأخذ
الربح فيها على المال فكان له من الربح فيها بنسبته .

(٢٩) أى من باب أولى ، لانه اذا انتفى الاصل وهو العمل انتفى الفرع وهو
الفضل فيه .

(٣٠) أى استحق جزء من المال ، وان لم يكن له عندهم زيادة عمل على صاحبه
فى الشركة . فبطل الوصف الذى ذكروا من استحقاقه زيادة فى الربح لزيادة
منه فى العمل . أنظر فتح القدير جـ ٥ ص ٣٩٧ .

قالوا : اذا كان لاحدهما ألف وللآخر ألفان ، فكأنهما اشتركا فى ألف، وعقدا القراض فى ألف.[(٣١)]

قلنا : لا يجوز أن يعقد لهما قراض لم يعقداه[(٣٢)]، ثم فى القراض اذا اشتركا فى اليد ، والتصرف ، لم يصح[(٣٣)]، فيجب أن لا يصح هاهنا.[(٣٤)]

* مسألة (١٦٢) : اذا شرط[(١)] أن تكون الخسارة على أحدهما أكثر ، بطلت[(٢)] الشركة. /١٦٠ى.

وقال أبوحنيفة : يبطل الشرط ويصح العقد[(٣)].

---

(٣١) أى فيأخذ نظير عمله فى مال القراض.

(٣٢) فى نسخة ((ب)) : لم يعقد له. / وانما قال : لم يعقداه، لانهما اشتركا فى الحقيقة على المال فقط ، وافتراض أنهما اشتركا على مال فى ألف من كل منهما واشتركا فى الالف الثانى من أحدهما على المضاربة ، اخراج للعقد عما أوقعاه عليه ، فلا يجوز لذلك.

(٣٣) لان القراض يعتمد بذل المال من احدهما والعمل من الآخر ، فاذا اشتركا فى العمل لم يعد قراضا ، فلا يصح لاشتراكهما فى العمل وتفاضلهما فى الربح.

(٣٤) أى فى الشركة على المال ، فلا يجوز أن يشتركا فى المال ويختلفا فى الربح أيضا.

(١) فى نسخة ((ب)) : اذا شرطا.

(٢) ومحل الخلاف اذا كان رأس مالهما متساويا. والا فالخسارة على قدر ماليهما.
المختصر ص ١٠٩. الوجيز جـ١ ص١٨٧. المنهاج ص ٦٤.
وهو قول المالكية : الشرح الصغير جـ٢ ص١٧٠. الجواهر جـ٢ ص ١١٧. شرح المنح جـ٣ ص٢٩٥.

(٣) أى وتكون الخسارة عليهما بنسبة ماليهما فى الشركة.
الهداية جـ٥ ص ٤١٢ وفتح القدير عليه. التبيين جـ٣ ص ٣٢٣. مجمع الانهر جـ١ ص ٧٢٨.
وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى جـ٢ ص ٣٢٥. كشاف القناع جـ٣ ص ٤٩٤ ، =

لنـا : انه شرط فاسد قارن عقد الشركة ،فأشبه اذا شرط(٤) أن يكـــون الربح أو الخسران كله على أحد هما .(٥)

قالوا : ماصح مع الجهالة صح مع الشرط الفاسد ،كالطلاق والعتاق.(٦)

قلنا : الجهل بمقدار الربح(٧) أجيز للحاجة ،فلم يمنع(٨) الفساد بالشرط،(٩)

= وذكر في المغني جـ٥ ص ١٥ رواية أخرى انها تبطل مع الشرط أيضا .
وبه يقول ابن حزم : المحلى جـ٨ ص ٥٤٦ .

(٤) في نسخة ((ب)) : اذا شرطا .

(٥) حيث يبطل الشرط والعقد معا .
بجامع ان كلا شرط فاسد قارن عقد الشركة ، اما الاصل فهو مالو شـــرط أن يكون الربح أو الخسران كله على أحد هما ، واما الفرع فهو مالو شـــرط الخسارة على احدهما أكثر .
ولما كان حكم الاصل بطلان الشرط والعقد فيه ، كان حكم الفرع كذلك فيبطل الشرط والعقد فيها اذا شرط الخسارة على أحدهما أكثر أيضا لذلك .

(٦) حيث يقعان وان مع الشرط الفاسد .
بجامع الصحة مع الجهالة ، في كل من الاصل وهو الطلاق والعتاق .
والفرع وهو شرط الخسران على أحد الشريكين أكثر من الآخر مع تســـاوى ماليهما ولما كان حكم الاصل صحة وقوع الطلاق والعتاق مع الشرط الفاسد ، كان حكم الفرع كذلك فتصح الشركة مع فساد الشرط فيها أيضا لذلك .

(٧) أي عند عقد الشركة بينهما .

(٨) في نسخة ((ب)) : فلم تمنع الجهالة فيه .

(٩) أي فلم يكن قولنا بصحة عقد الشركة مع الجهالة بمقدار الربح ،موجبا القـــول بصحتها مع فساد الشرط ، للفرق بينهما . وهو اغتفار الجهالة بمقـــدار الربح للحاجة ،ولا كذلك في الشرط الفاسد .

كالجهل بأساس الحيطان في البيع.(١٠) ويخالف الطلاق والعتاق، فانهما يجوزان مع الجهالة من غير حاجة.(١١) ولان ذلك(١٢) لا يبطل بشيء من الشروط، وهذا(١٣) يبطل اذا شرط أن يكون الربح كله لاحدهما.(١٤)

* مسألة (١٦٣): لا تصح شركة الابدان.(١) ٦٠/١٦٠ ى.

---

(١٠) حيث لا يمنع الجهل بها من صحة عقد البيع، لتعذر الكشف عنها، لاحتمال دخول الضعف عليها به، فاغتفر ذلك فيه للحاجة.
بجامع تحقق الحاجة اليه في كل من الاصل وهو البيع مع الجهل بأساس الحيطان، والفرع وهو الشركة مع الجهل بمقدار الربح.
ولما كان حكم الاصل هو صحة عقد بيع العقار مع الجهل بأساس الحيطان فيه، كان حكم الفرع كذلك فتصح الشركة مع الجهل بمقدار الربح فيها أيضا لذلك.
(١١) لان الطلاق والعتاق فسخ عقد فلا تضره الجهالة، واما الشركة فانشاء عقد للربح فجاز مع الجهالة بالربح لمكان الحاجة فيه.
أي فكان قياسكم المذكور باطلا للفارق فيه بين الاصل والفرع.
(١٢) وهو الطلاق والعتاق.
(١٣) أي عقد الشركة.
(١٤) أي دون الاخر، لفساد هذا الشرط. أي وهذا فارق آخر بين الاصل والفرع في قياسهم فيتأكد بطلانه به أيضا.
(١) أي الشركة بالابدان، فحذفت الباء، ثم اضيفت الابدان الى شركة.
وانما سميت شركة الابدان: لانهم بذلوا ابدانهم في الأعمال لتحصيل المكاسب.
وهي ضربان:
الأول: ان يشتركا فيما يتقبلان بابدانهما في ذمتهما من العمل، كالصيادين والبقالين والحمالين، ولو مع اختلاف الصنائع كبقال وحمال.
وما يتقبله احدهما من العمل يصير في ضمانهما يطالبان به ويلزمهما عمله.
الثاني: أن يشتركا في تلك المباحات، كالاحتشاش والاصطياد والتجسس على دار الحرب، أنظر كشاف القناع جـ٣ ص ٣١٨.
=

وقال أبو حنيفة : تصح .(٢)

لنا : انه(٣) شركة على غير مال موجود(٤)، فأشبه الشركة على ما يرثـــان(٥)،

= والخلاف في هذه المسألة يتناولهما معا .
أنظر المسألة : الوجيز جـ١ ص١٨٧ . المنهاج ص٦٣ .
وهو قول ابن حزم : المحلى جـ٨ ص٥٤٢ .

(٢) خلافا لا حدى الروايتين عن زفر . سواء اتحدت صنائعهم وامكنتهم أو اختلفت .
الهداية جـ٥ ص٤٠٩ . التبيين جـ٣ ص٣٢٠ . مجمع الانهر جـ٢ ص٧٢٨ .
وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى جـ٢ ص٣٣٩ . كشاف القناع جـ٣ ص٥١٨
وذكر في المغني جـ٥ ص٥ في اشتراط اتحاد صنعتهما قولين .
واختلف قول المالكية فيها .
فذهب سحنون الى جوازها .
وذهب ابن القاسم الى المنع منها ،الا أن يشتركا في امتلاك الآلتين بـأن اشتركا في شرائها أو ميراثها أو استئجارها من غيرهما ليصير ضمانهمـا منهما معا .
ويشترط لصحتها عندهم شروط : ان تتحد صنعتاهما أو تتلازما مع اتحـاد المكان والاشتراك في الالة .
والتساوي أو التقارب في العمل .
أنظر : الشرح الصغير جـ٢ ص١٧٢ . الجواهر جـ٢ ص١٢٠ . شرح المنح جـ٣ ص٣٠٦ .

(٣) في نسخة ((ب)) : انها .

(٤) أي والمال هو الاصل الذي يتم به التثمير الذي هو فرع عنه ،فاذا انعـدم الاصل وهو المال انعدم الفرع وهو التثمير ،فلا تصح شركة الابدان لذلك .

(٥) حيث لا يجوز الاشتراك على ما سيرثانه قبل موت المورث .
بجامع ان كلا شركة على مال غير موجود . اما الاصل فهو الشركة على ما يرثانه، واما الفرع فهو الشركة بالابدان .
ولما كان حكم الاصل هو البطلان ، كان حكم الفرع كذلك فلا تصح شـركة الابدان لذلك أيضا .

أو شركة على ما لا مثل له [٦] فأشبه الشركة على العروض [٧] أو شركة معقودة على أن يشارك كل واحد منهما صاحبه فيما يختص بكسبه [٨] فأشبه الشركة على الاحتشاش والاصطياد [٩] أو شركة على منافع أعيان [١٠] فأشبه الشركة على منافع البهائم [١١].

---

(٦) وهو الابدان والقدرات ، أى فلم تصح ، لان الشركة يجب أن تكون فيما له مثل فى أحد القولين ، ولا تصح الا فى الاثمان فى القول الآخر. أنظر المنهاج ص ٦٣.

(٧) حيث لا تصح لتفاوت العروض فى القيمة وعدم امكان الخلط فيها .
بجامع ان كلا شركة على مالا مثل له ، اما الاصل فالشركة على العروض ، واما الفرع فالشركة بالابدان .
ولما كان حكم الاصل هو البطلان ، كان حكم الفرع كذلك فلا تصح الشركة بالابدان أيضا لذلك .

(٨) لان شريكه لا يعينه فى تحصيل الكسب فيه ، فكان ربحه عائدا اليه وحده .

(٩) حيث لا تجوز الشركة فيها ، لانها من المباحات فهى لمن أخذها ، والشركة وكالة من كل منهما لصاحبه فى تحصيل الربح ، والمباحات مملوكة لكل أحد ، فلا يصح التوكيل فيها .
بجامع أن كلا عقد على المشاركة فيما يختص كل منهما بكسبه ، اما الاصل فالشركة على الاحتشاش والاصطياد ، واما الفرع فهو الشركة بالابدان .
ولما كان حكم الاصل هو البطلان ، كان حكم الفرع كذلك فلا تصح الشركة بالابدان أيضا لذلك .

(١٠) زاد فى نسخة ((ب)) : على منافع أعيان متميزة .

(١١) حيث لا تصح الشركة عليها .
بجامع ان كلا شركة على منافع أعيان ، اما الاصل فالشركة على منافع البهائم ، واما الفرع فهو شركة الابدان .
ولما كان حكم الاصل بطلان الشركة على منافع البهائم ، كان حكم الفرع كذلك فتبطل شركة الابدان أيضا لذلك

قالوا : المنافع كالاعيان فى جواز العقد ، فكانت كهى فى الشركة.[١٢]

قلنا : العقد يقتضى الملك[١٣] ، وهى[١٤] كالاعيان فى التمليك[١٥] ، والشركة تقتضى الاشتراك ، ولا اشتراك فى المنافع[١٦]، ولهذا العروض كالاثمان[١٧] ، والديون كالاعيان[١٨] فى العقود[١٩] وليس كهى فى الشركة.[٢٠]

قالوا : عقد تبتغى منه الفائدة ، فجاز أن ينعقد على العمل ، كالقراض.[٢١]

---

(١٢) أى فكانت المنافع كالاعيان فى جواز عقد الشركة عليها .
بجامع جواز العقد عليها ، فى كل من الاصل وهو الاعيان ، والفرع وهو المنافع .
ولما كان حكم الاصل جواز الشركة فى الاعيان بأن كانت اثمانا ، كان حكم الفرع كذلك فتجوز الشركة على المنافع أيضا لذلك .

(١٣) فى نسخة ((ب)) : يقتضى التمليك . / أى يقتضى أن يكون المعقود عليه ملكا للعاقد لينتقل ملكه بالعقد عليه الى الطرف الآخر.

(١٤) أى المنافع .

(١٥) أى ولذلك جاز العقد عليها . لا الشركة .

(١٦) فى نسخة ((ب)) : والاشتراك بينهما فى المنافع.

(١٧) أى فى اقتضائها ملك العين .

(١٨) أى فى اقتضائها ملك المنفعة .

(١٩) أى فى جريان العقد عليها فى البيع والشراء والاجارة والقرض ونحو ذلك .

(٢٠) أى وليست العروض كالاثمان فى الشركة حيث لا تقتضى الاشتراك فى الملك ، ولا الديون كالاعيان فى الشركة أيضا حيث لا تقتضى الاشتراك فى المنفعة فيها .

(٢١) حيث ينعقد على العمل .
بجامع ان كلا عقد تبتغى منه الفائدة اما الاصل فالقراض واما الفرع فشركة الابدان .
ولما كان حكم الاصل جواز انعقاد الشركة على العمل فى المضاربة، كان حكم الفرع كذلك ، فيجوز انعقاد الشركة على منافع الابدان أيضا لذلك .

قلنا : فلا ينعقد على العمل وحده، [٢٢] كالقراض، [٢٣] ثم القراض يقتضى العمل، [٢٤] ولهذا سمى مضاربة لانه [٢٥] يضرب فى الارض والشركة تقتضى الاشتراك، ولهذا يسمى [٢٦] شركة، ولا شركة فى المنافع، [٢٧] ولأن فى القراض احدهما يأخذ نماء ماله، والاخر بدل عمله، وهاهنا [٢٨] يأخذ كل واحد [٢٩] منهما كسب صاحبه، [٣٠] وهذا لا يجوز. [٣١]

---

(٢٢) أى دون المال . والحال أن شركة الابدان عقد على العمل منهما دون المال، فلا يصح قياسها على القراض لانعقاده على العمل من أحدهما والمال من الآخر.

(٢٣) حيث لا ينعقد على العمل وحده .

بجامع ان كلا عقد يبتغى منه المنفعة، اما الاصل فالقراض، واما الفرع فهو شركة الابدان،

ولما كان حكم الاصل عدم انعقاد القراض على العمل وحده، كان حكم الفرع كذلك فلا تنعقد شركة الابدان على المنفعة وحدها أيضا لذلك .

(٢٤) أى من أحدهما والمال من الآخر .

(٢٥) أى الشريك المضارب الذى يقوم بالعمل فى مال شريكه.

(٢٦) فى نسخة ((ب)) : ولهذا سمى شركة . / أى عقدها .

(٢٧) لانها ليست باعيان من الاموال المثلية ولا من الاثمان .

(٢٨) أى فى شركة الابدان .

(٢٩) سقط قوله (كل واحد) من نسخة ((ب)) .

(٣٠) لمشاركته له فى كسبه الذى استقل هو بتحصيله وبذل الجهد فيه، أى فكانت طريقا لكسب مال الغير بوجه غير مشروع، وهو عدم المشاركة فى بذل الجهد فى تحصيله .

(٣١) لما فيه من الاستيلاء على مال الغير بغير حق .

قالوا : تقبل الأعمال (٣٢) يصح فيه التوكيل ، فجازت الشركة عليه، (٣٣) كشراء الأموال . (٣٤)

قلنا : لان فى الأصل (٣٥) مايشتريه يدخل فى ملكهما ، (٣٦) وهاهنا (٣٧) (٣٨) مايتقبلـه (٣٩)، لنفسه ، فلا يشاركه الآخر فيه . (٤٠)

قالوا : يضمن كل واحد منهما مايتقبل الآخر، (٤١) فاستحق به الأجـرة (٤٢)

---

(٣٢) تفعل من القبول ، وهو قبول القيام بالعمل المعقود عليه .

(٣٣) أى على قبول الأعمال .

(٣٤) حيث تجوز الشركة على شراء الأموال .
بجامع صحة التوكيل فى كل من الاصل وهو شراء الاموال والفرع وهو تقبل الأعمال .
ولما كان حكم الاصل صحة الاشتراك فى شراء الأموال ، كان حكم الفرع كذلك فيجوز الاشتراك فى قبول الأعمال أيضا لذلك .

(٣٥) فى الاصل : (لان فى الاجل) . / والمقصود بالاصل هو المقيس عليه وهو شراء الاموال فى قياسهم الذى ذكروه .

(٣٦) فى نسخة ((ب)) : مايشتريه أحدهما فيدخل . . . الخ .

(٣٧) أى بحكم الشركة اذ تقتضى خلط المالين حتى يكونا كمال واحد ، فمايشتريه أحدهما يدخل فى ملكهما معا لذلك .

(٣٨) أى فى شركة الابدان .

(٣٩) فى نسخة ((ب)) : مايتقبله هو لنفسه . / أى دون صاحبه .

(٤٠) لأن الشركة بالابدان لا تقتضى الاشتراك فى المنفعة ، فكان مايدخل ملكا لاحدهما لا يدخل بالضرورة ملكا لصاحبه لذلك .
أى فثبت أن بين الاصل والفرع فى قياسهم المذكور فارقا ، فيبطل به .

(٤١) لدخوله على ذمتهما معا .

(٤٢) لان شركة الابدان تنعقد على الضمان ، وقد دخل ماتقبله فى ضمانه ، فكان له مشاركة صاحبه الذى باشر العمل فيه ، بالاجرة .

كما لو تقبل قصارة (٤٣) ثياب واستعان بغيره فيها (٤٤) .

قلنا : لا يضمن (٤٥) لانه ضمان مالم يجب (٤٦) ، وضمان مجهول (٤٧) ولمن لا يعرفه (٤٨) .

ثم بالضمان لا (٤٩) يستحق الربح كمن ضمن الثمن ، والعهدة في

---

(٤٣) القصارة بكسر الأول ، اسم الصناعة في تلوين الثياب ، تقول : قصرت الثوب قصرا اذا بيضته ، والفاعل : قصار بالتشديد - أنظر المصباح جـ٢ ص١٦٣ .
وفي المختار ص ٥٣٧ . وقصر الثوب : دقه ، وبابه نصر ، ومنه القصار ، وقصره تقصيرا مثله . أهـ .
وفي القاموس جـ٢ ص ١١٨ . وكشداد - قصار - ومحدث - مقصر - محور الثياب .
وحرفته القصارة ، بالكسر ، وخشبته : المقصرة كمكنسة - بكسر الأول - أ هـ .

(٤٤) حيث يستحق عليه الاجرة لاعانته اياه عليها .
بجامع ضمان كل واحد منهما ماتقبله الاخر ، في كل من الاصل وهو مالو تقبل قصارة ثياب واستعان بغيره فيها ، والفرع وهو مالو اشتركا بابدانهما .
ولما كان حكم الاصل هو استحقاق المستعان به الاجرة لدخوله في ضمان ماتقبله المستعين ، كان حكم الفرع كذلك فيستحق الشريك بالبدن الاشتراك في الاجرة أيضا لذلك .

(٤٥) بالبناء للمجهول ، أي مايتقبله كل واحد منهما عن الآخر غير مضمون عليه .

(٤٦) لانه لم يقبضه حيث لم يتقبله بنفسه ، فلا يدخل في ضمانه .

(٤٧) لانه لم يعلم بما أدخله عليه شريكه من الأعمال .

(٤٨) في نسخة ((ب)) : وممن لا يعرفه / لتقبل شريكه العمل عنه فلا يعرف المضمون له .

(٤٩) أي على فرض التسليم بأن كل واحد منهما يضمن مايتقبله الآخر.
وفي نسخة ((ب)) : ثم بالضمان لاكمن ضمن الثمن . / في الجملة سقط .

البيع[٥٠] ، والقصار[٥١] يأخذ بدل عمله ، فان المعين قصر له فوجب[٥٢] له أجر عمله ، وهاهنا[٥٣] عمل كل واحد منهما[٥٤] ما استحق عليه[٥٥] ، فلا يصير بدله لغيره[٥٦] .

* مسألة (١٦٤) : شركة المفاوضة[١] باطلة[٢] . / ١٦٠ ش .

---

(٥٠) حيث لا يستحق الربح بسبب ضمانه الثمن والعهدة في البيع.
وضمان العهدة يسمى أيضا ضمان الدرك ، والعهدة لغة : اسم للوثيقة التي يكتب فيها الشيء . والدرك بسكون الراء وبفتحها أيضا سمى بذلك لادراك الغريم فيه عند ادراك المستحق عين ماله . والدرك لغة المطالبة والتبعة والرجعة . أنظر قليوبي جـ٢ ص٣٢٥ .

(٥١) في نسخة ((ب)) : والقصارة .

(٥٢) في الأصل : فوهب له عمله . / والصواب ما أثبتناه من نسخة ((ب)) .

(٥٣) أي في شركة الابدان .

(٥٤) في نسخة ((ب)) منها . / وهو تحريف .

(٥٥) أي من الاجر . وفي نسخة ((ب)) : ما استحق الربح عليه الاخر.

(٥٦) أي وهذا فارق يبطل به قياسهم المذكور.

(١) بضم الميم وفتح الواو.
سميت بذلك من قولهم : تفاوض الرجلان في الحديث ، اذا شرعا فيه جميعا .
وقيل من قولهم : فوضى . أي مستوون . قاله ابن قتيبة. تصحيح التنبيه ص٧ .
ومنه قول الأفوه الأودي :
لا يصلح الناس فوضى لا سراة لهم .·. ولا سراة لهم اذا جهالهم سادوا .
وقيل المفاوضة مشتقة من التفويض، لان كل واحد منهما يفوض أمر الشركة الى صاحبه على الاطلاق ، ولهذا كانت عامة في جميع التجارات لتحقق المساواة . =

(٢) الأم جـ٣ ص٢٣١ قال : ولا أعرف شيئا من الدنيا يكون باطلا ان لم تكن شركة المفاوضة باطلة . أهـ.

وأنظر المختصر ص١٠٩ . المنهاج ص٦٣ .

وقال أبو حنيفة : جائزة.(٣)

= أنظر التبيين جـ٣ ص ٣١٤ وعرفها فى المهذب جـ١ ص٣٤٦ بأنها : ان يعقدا الشركة على أن يشتركا فيما يكتسبان بالمال والبدن ، وان يضمن كل واحد منهما ما يجب على الآخر بغصب أو بيع أو ضمان . أهـ .

وشركة المفاوضة قسمان : كما فى كشاف القناع جـ٣ ص٥٢٢ .

الأول : ان يدخلا فيها الاكساب النادرة كوجدان لقطة أو ركاز أو ما يحصلان عليه من الميراث ، أو ما يلزم أحدهما من ضمان غصب أو ارش جناية ، ونحو ذلك وهذا القسم منها فاسد . لما فيه من كثرة الغرر.

الثانى : تفويض كل منهما الى صاحبه شراء وبيعا ومضاربة وتوكيلا وابتياعا فى الذمة ومسافرة بالمال وارتهانا وضمان ما يرى من الأعمال كحدادة وخياطة ونحو ذلك ، فهذا القسم جمع بين شركة العنان والمضاربة والوجوه والابدان . وهى شركة صحيحة .

(٣) أى استحسانا ، والقياس يقتضى بطلانها لتضمنها الوكالة بمجهول الجنس والكفالة بمجهول أيضا .

ويشترط لصحتها أربعة شروط : ان تتضمن وكالة وكفالة ويتساويا فى المال والتصرف .

أنظر : الهداية جـ٥ ص ٣٧٩ و ص ٣٨٠ . التبيين جـ٣ ص ٣١٣ . مجمع الأنهر جـ١ ص ٧١٧ .

وذهب الحنابلة الى صحة القسم الثانى منها دون الأول .

أنظر شرح المنتهى جـ٢ ص ٣٤٢ . كشاف القناع جـ٣ ص٥٢٢ . المغنى : جـ٥ ص ٢٢ .

وبجوازها أيضا يقول المالكية ، وجعلوها قسمين : مفاوضة عامة وذلك اذا اطلق كل واحد منها لصاحبه التصرف بكل نوع من أنواع التصرفات بيعا وشراء واخذا وعطاء بدون اذن من صاحبه فيه .

ومفاوضة خاصة : وهى التى خص التصرف فيها بنوع معين من التصرفات ، كالرقيق بيعا وشراء واخذا وعطاء ونحو ذلك .

أنظر : الشرح الصغير جـ٢ ص١٦٨ . الجواهر جـ٢ ص١١٦ . شرح المنح : جـ٣ ص٢٨٨ . ولم أقف على قول ابن حزم فى هذه المسألة .

لنـــا : هو انها شركة لا تصح بين المسلم والكافر،(٤) وبين الحر والمكاتـب ، فأشبه الشركة على العروض،(٥) أو شركة لا تصح مع تفاضل المال ، فأشبه ما قلنـــا،(٦) ولا نها شركة معقودة على أن يشارك كل واحد منهما صاحبه فيما يملكه من غـــير(٧) مال الشركة ،فأشبه الشركة في الميراث ، والهبة والاصطياد،(٨) ولانهـا شـركة معقودة على أن يضمن كل واحد منهما ما يلزم الأخر من غير جهة الشركــــة ،

---

(٤) لا ختلافهما في التصرف فالمسلم لا يحل له التجارة بالخمر والخنزيـــر والميتة ونحو ذلك بخلاف الكافر ، وكذا يختلف المكاتب عن الحر فـــي مجالات العمل أيضا .

(٥) حيث لا تصح على العروض لا نها غير مثلية ولا اثمان .
بجامع ان كلا شركة لا تصح بين المسلم والكافر والحر والمكاتب ، امـــا الاصل فهو الشركة على العروض ، واما الفرع فهو شركة المفاوضة .
ولما كان حكم الاصل البطلان ، كان حكم الفرع كذلك فلا تصح شركـــة المفاوضة أيضا لذلك .

(٦) أي فأشبه الشركة على العروض . حيث لا تصح أيضا .
بجامع ان كلا شركة لا تصح مع تفاضل المال في كل من الاصل وهو الشـركة على العروض والفرع وهو شركة المفاوضة .
ولما كان حكم الاصل بطلان الشركة على العروض كان حكم الفرع كذلك فتبطل شركة المفاوضة أيضا لذلك .

(٧) في نسخة ((ب)) : من عين .

(٨) حيث لا يجوز الاشتراك فيها .
بجامع ان كلا شركة معقودة على مشاركة كل منهما صاحبه فيما يملكه من غير مال الشركة .
اما الاصل فالشركة في الميراث والهبة والاصطياد . واما الفرع فشركـــة المفاوضة .
ولما كان حكم الاصل بطلان الشركة فيها ،كان حكم الفرع كذلك فلا تصـــح شركة المفاوضة أيضا لذلك .

فأشبه اذا اشتركا على أن يضمنا مايجنيان (٩) .

احتجوا : بما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : (اذا فاوضتم فأحسنوا المفاوضة فان فيها أعظم اليمن (١٠) وأعظم البركة ولا تجادلوا فان المجادلة من الشيطان) (١١) .

قلنا : لا يعرف فى أصل ، (١٢) ثم المراد به اذا تحدثتم ، فان المفاوضة

---

(٩) حيث لا تصح الشركة على ضمان اروش جناياتهما ، لشدة الغرر فيها .
بجامع ان كلا شركة معقودة على ضمان كل منهما مايلزم الآخر من غير جهة الشركة .
اما الاصل فهو الاشتراك على ضمان الجناية ، واما الفرع فهو شركة المفاوضة .
ولما كان حكم الاصل البطلان ، كان حكم الفرع كذلك فلا تصح شركة المفاوضة أيضا لذلك .

(١٠) فى نسخة ((ب)) : الثمن .

(١١) قال الزيلعى : غريب . أهـ النصب جـ٣ ص ٤٧٥ .
وقال ابن حجر : لم أجده . أهـ الدراية جـ٢ ص ١٤٤ . رقم/٧٥٥ .
لكن روى ابن ماجه جـ٢ ص ٧٦٨ كتاب التجارات ، باب الشركة والمضاربة .
رقم/٢٢٨٩ عن صالح بن صهيب عن أبيه صهيب قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : ثلاث فيهن البركة البيع الى أجل والمقارضة واخلاط البر بالشعير للبيت لا للبيع . أهـ
قال فى الزوائد : فى اسناده صالح بن صهيب ، مجهول ، وعبد الرحيم ابن داود ، قال العقيلى : حديثه غير محفوظ ، أهـ .
قال السندى : ونصر بن قاسم ، قال البخارى : حديثه مجهول . أهـ . ابن ماجه فى الصفحة المذكورة .
قال فى النصب جـ٣ ص ٤٧٥ : ويوجد فى بعض نسخ ابن ماجه : "المفاوضة" عوض المقارضة . أهـ . وايده ابن حجر أيضا فى الدراية جـ٢ ص ١٤٤ .

(١٢) قال ابن الهمام : وهذا الحديث لم يعرف فى كتب الحديث أصلا والله أعلم به

هي المحادثة ،[١٣] ولهذا قال : ولا تجادلوا فان المجادلة من الشيطان .

قالوا : هذه الشركة تنتظم مايصح وهى شركة الابدان والوكالة والضمان ، فصار[١٤] كشركة العنان[١٥] .

قلنا : شركة الابدان لا تصح . ثم هذه الثلاثة[١٦] تصح بين المسلم

= ولا يثبت به حجة على الخصم .أهـ فتح القدير جـ٥ ص ٣٨١ .

= ثم ذكر حديث ابن ماجة المذكور واختلاف النسخ فيه .

(١٣) فى المصباح جـ٢ ص ١٣٩ : تفاوض القوم الحديث : أخذوا فيه .أهـ

وفى اللسان جـ٧ ص ٢١٠ : وفى حديث معاوية ، قال لدغفل بن حنظلة :

بم ضبطت ماأرى ؟

قال : بمفاوضة العلماء ،

قال : ومامفاوضة العلماء ؟

قال : كنت اذا لقيت عالما أخذت ماعنده وأعطيته ماعندى ، المفاوضة :

المساواة والمشاركة ، وهى مفاعلة من التفويض ، كأن كل واحد منهما

رد ماعنده الى صاحبه .

أراد محادثة العلماء ومذاكرتهم فى العلم . والله أعلم . أهـ .

(١٤) فى نسخة ((ب)) : فصارت .

(١٥) فى الاصل : (كشركة العيان) . والصواب ماأثبتناه من نسخة ((ب)) : بالنون ، حيث يصح الاشتراك بها .

بجامع انتظامها مايصح فى كل من الاصل وهو شركة العنان ، والفرع وهو شركة المفاوضة .

ولما كان حكم الاصل صحة شركة العنان لانتظامها مايصح وهو الضمان والوكالة وشركة الابدان ، كان حكم الفرع كذلك فتصح شركة المفاوضة أيضا لذلك .

(١٦) وهى الوكالة والضمان وشركة الابدان .

والكافر والحر والمكاتب ، ثم الشركة الجامعة لها[١٧] لا تصح[١٨] ، ولا نها ان تضمنت ما يصح[١٩] ، فانها تتضمن مالا يصح[٢٠] وهو ماقلناه فبطل[٢١] .

* مسألة (١٦٥) : شركة الوجوه[١] لا تصح[٢] ./ ١٦٠ش.

---

(١٧) أى لهذه الثلاثة فى عقد واحد ، وهو شركة المفاوضة .

(١٨) أى فكونها تجمع ما يصح من المعاملات لا يدل على صحتها بذلك ، فان تلك المعاملات تصح منفردة على فرض التسليم بصحة شركة الابدان ، ولا تصح مجتمعة .

(١٩) وهو الوكالة والضمان .

(٢٠) وهو شركة الابدان .

(٢١) فى نسخة ((ب)) : فبطلت ./ أى شركة المفاوضة . وعلى التذكير : فبطل أى قولهم بصحة شركة المفاوضة .

(١) أصلها شركة بالوجوه ، فحذفت الباء ثم اضيفت مثل شركة الابدان .. لانهم بذلوا وجوههم فى البيع والشراء وبذلوا جاههم . والجاه مقلوب من الوجه . أهـ المصباح جـ٢ ص٣٢٤ .

قال البهوتى : سميت بذلك لانهما يعاملان فيها بوجههما . أهـ كشاف القناع جـ٣ ص٥١٧ .

وعرفها المصنف فى المهذب جـ١ ص٣٤٦ بانها : ان يعقدا الشركة على أن يشارك كل واحد منهما صاحبه فى ربح ما يشتريه بوجهه . أهـ.

وأعرب عنها فى كشاف القناع جـ٣ ص٥١٧ بقوله : هى أن يشتريا فى ذمتيهما بجاههما شيئا يشتركان فى ربحه من غير أن يكون لهما رأس مال على أن ما اشترياه ، فهو بينهما نصفين أو اثلاثا أو نحو ذلك مما يتفقان عليه . أهـ

واما الغزالى فعرفها بقوله : ان يبيع الوجيه مال الخامل بزيادة ربح ليكون =

(٢) الوجيز جـ١ ص١٨٧ . المنهاج ص٦٣ .

وهو قول المالكية : القوانين ص٣١١ . الشرح الكبير جـ٣ ص٣٦٣ وص٣٦٤ . الجواهر جـ٢ ص١٢١ . شرح المنح جـ٣ ص٣١٤ .

وقال أبو حنيفة : تصح .(٣)

لنـا :(٤) هو انها شركة على غير مال ، فأشبه الشركة فى الاحتطاب .(٥)

= له بعضه .أهـ أى فلا تصح ويكون الثمن كله لصاحب المثمن وللآخـــر أجر المثل . الوجيز جـ١ ص ١٨٧ .

لكن الأكثر على تعريف الشيرازى والبهوتى ، والنووى فى المنهاج ص ٦٣ ، ووصفه الرافعى بأنه أشهر التعريفات . أنظر فتح العزيز جـ١٠ ص ٤١٦ .

وذكر الزيلعى فى معناها أقوالا منها : لانهما يشتريان من الوجـــه الذى لا يعرف.وقيل : لانهما اذا جلسا ليدبرا أمرهما ينظـر كل واحـد منهما الى وجه صاحبه . التبيين جـ٣ ص ٣٢٢ وهما غريبان فى المعـــنى .

(٣) الهداية جـ٥ ص ٤٠٧ . التبيين جـ٣ ص ٣٢٢ . مجمع الانهر جـ١ ص ٧٢٧ .

ويه يقول الحنابلة : شرح المنتهى جـ٢ ص ٣٣٩ . كشاف القناع جـ٣ ص ٥١٧

وذكر فى المغنى جـ٥ ص ٢٣ انها صحيحة ،الا أن فى جواز تفاوتهـــما فى الربح روايتان عند الحنابلة فالأكثر على جوازه ،وذهب القاضى الـــى أن الربح يكون على قدر ملكيهما فى المشترى. لان الربح يستحق بالضمـان ولا تفاضل فى الضمان فلا تفاضل فى الربح .

ولم أقف على قول ابن حزم فى هذه المسألة .

(٤) فى نسخة ((ب)) : وقال أبو حنيفة : تصح لانها شركة... الخ .. فأسقط قوله : لنا هو انها .

(٥) حيث لا تصح فيه.

بجامع ان كلا شركة على غير مال ، اما الاصل فهو الشركة فى الاحتطـــاب واما الفرع فهو شركة الوجوه .

ولما كان حكم الاصل البطلان ، كان حكم الفرع كذلك،فلا تصح شركة الوجـــوه أيضا لذلك .

قالوا : كل واحد منهما وكيل لصاحبه ، فصار كما لو قال : اشتر بيني وبينك ثوبا.(٦)

قلنا : هناك(٧) نوى(٨) لنفسه ولشريكه ، وهاهنا(٩) اشترى فى الذمة من غير نية ، فصار كالوكيل اذا اشترى من غير نية.(١٠)

---

(٦) حيث يصح ذلك العقد منهما .
بجامع ان كلا منهما وكيل لصاحبه ، اما الاصل فهو مالو قال له : اشتر بيني وبينك ثوبا ، واما الفرع فهو شركة الوجوه .
ولما كان حكم الاصل هو صحة ذلك العقد ، كان حكم الفرع كذلك ، فتصح شركة الوجوه أيضا لذلك .

(٧) أى فى الاصل المقيس عليه وهو قوله : اشتر بيني وبينك ثوبا .

(٨) فى نسخة ((ب)) : قوى . / وهو تحريف .

(٩) أى فى شركة الوجوه .

(١٠) اى من غير أن ينوى بذلك الشراء انه لموكله ، حيث لا يصح للموكله بل يملكه الوكيل .
بجامع الشراء فى الذمة من غير نية فى كل من الاصل وهو مالو اشترى الوكيل شيئا من غير أن ينويه لموكله ، والفرع وهو شركة الوجوه .
ولما كان حكم الاصل عدم صحة ذلك الشراء للموكل ، كان حكم الفرع كذلك فلا تصح شركة الوجوه أيضا لذلك .
والمراد : اثبات فارق بين الاصل والفرع يبطل به قياسهم المذكور.

* مسألة (١٦٦) : اذا اشتركا شركة فاسدة[(١)] رجع كل واحد منهما باجرة المثل.[(٢)] / ١٦١ ى.

وقال أبو حنيفة : لا يرجع.[(٣)]

لنا : هو انه عقد يبتغى منه الفضل والربح، فوجب اجرة مثل العمل فى الفاسد[(٤)]، كالقراض[(٥)] ولانه انما بذل العمل لتسليم[(٦)] ماشرط

---

(١) بان لم تستوف شروط صحتها .

(٢) الوجيز جـ١ ص١٨٧ . المنهاج ص ٦٤ .

وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى جـ٢ ص ٣٢٦ . كشاف القناع جـ٣ ص٤٩٤ .

وذكر فى المغنى جـ٥ ص ١٥ رواية أخرى انه لا يرجع . ثم قال : والمذهب الأول .

وبه يقول المالكية : الشرح الصغير جـ٢ ص١٧٠ . الجواهر جـ٢ ص ١١٧ . شرح المنح جـ٣ ص ٢٩٥ .

(٣) لكن الذى عند الحنفية ان له اجر مثل ماللآخر فى حال الاشتراك فى شركة فاسدة .

أنظر : الهداية جـ٥ ص٤٠٩ . التبيين جـ٣ ص ٣٢٢ . مجمع الأنهر : جـ١ ص٧٢٨ : قالوا كلهم : ولا تصح شركة فى احتطاب واصطياد واستقاء وكذا فى أخذ كل مباح كالاحتشاش واجتناء الثمار من الجبال ... والكسب للعامل ... وعليه اجر مثل ماللآخر، لانه استوفى منفعة غيره بعقد فاسد، فيجب عليه اجر مثله . أهـ التبيين جـ٣ ص٣٢٣ .

وقد حكى عنهم هذا المذهب ابن قدامة أيضا فى المغنى جـ٥ ص ١٥ .

(٤) فى نسخة ((ب)) : فوجب اجر المثل فى العقد الفاسد .

(٥) حيث اذا فسدت المضاربة ثبت للشريك المضارب اجرة عمله فيها .

بجامع ان كلا عقد يبتغى منه الفضل والربح، اما الاصل فهو القراض واما الفرع فهو الشركة على مال .

ولما كان حكم الاصل ثبوت اجر المثل للمضارب فى حال بطلان الشركة، كان حكم الفرع كذلك فيثبت للشريك فى الشركة الفاسدة اجرة المثل أيضا لذلك .

(٦) فى نسخة ((ب)) : ليسلم له .

له من الشروط الفاسدة ،[٧] فاذا لم يسلم له رجع الى بدل عمله ، كما لو أجر نفسه بخمر أو خنزير.[٨]

قالوا : شركة ، فلا يجب فيها بدل العمل ، كالشركة الصحيحة.[٩]

قلنا : في الأصل[١٠] رضي ببذل العمل من غير عوض ، وهاهنا[١١] لم يرض الا بعوض ،[١٢] فاذا لم يسلم له[١٣] رجع ببدل العمل ،[١٤] ولهذا في

---

(٧) في نسخة ((ب)) : من الشرط الفاسد . / بالافراد .

(٨) حيث يثبت له اجرة المثل . ومحل ذلك اذا كان مسلما .
بجامع ان كلا عقد على تسليم ماشرط له من الشروط الفاسدة ، اما الاصل فهو مالو اجر نفسه بخمر أو خنزير ، واما الفرع فهو مالو وقعت الشركة بينهما فاسدة .
ولما كان حكم الاصل ثبوت مثل اجره له ، كان حكم الفرع كذلك فيثبت مثل اجره لكل من الشريكين أيضا لذلك .

(٩) حيث لا يثبت فيها بدل العمل لاحد من الشريكين وانما فيها قسمة ارباح بدل المال .
بجامع ان كلا شركة ، اما الاصل فالشركة الصحيحة واما الفرع فالشركة الفاسدة ، ولما كان حكم الاصل عدم ثبوت اجر المثل للشريك فيها ، كان حكم الفرع كذلك فلا يثبت له أجر المثل في الشركة الفاسدة أيضا لذلك .

(١٠) وهو المقيس عليه في قياسهم ، أي في الشركة الصحيحة .

(١١) أي في الشركة الفاسدة .

(١٢) لان الشركة انما فسدت بفساد الشرط الذي أدخله أحدهما عليها والذي استوجب به العوض .

(١٣) أي ذلك العوض المشروط ، لفساد الشركة .

(١٤) وهو اجر المثل .
أي وهذا فارق بين الاصل والفرع في قياسهم فيبطل به .

المضاربة الصحيحة لا يرجع ببدل العمل اذا لم يكن ربح [١٥]، وفى الفاسدة يرجع [١٦].

---

(١٥) لان الاصل انه يأخذ بدل عمله من الربح ، فاذا لم تربح الشركة لم يأخذ العامل منها شيئا .

(١٦) أى على رب المال بأجرة المثل ، لانه لم يرض الدخول فى الشركة الا على عوض .

" مســـائل القـــراض (*) "

* مسألة (١٦٧) : اذا دفع اليه ثوبا وقال : بعه ، فاذا نض (١) قارضتك عليه (٢) ، لم يصح ٠ / ١٦١ ى ٠

(*) بكسر القاف ، وتسمى أيضا مضاربة .
وهى تسمية أهل العراق ، مأخوذة من الضرب فى الارض والسعى فيها وذلـك بالتنقل والسفر ، قال تعالى : (وآخرون يضربون فى الارض يبتغون من فضـل الله) سورة المزمل آية / ٢٠ ٠
ويحتمل انها سميت بذلك لضرب كل واحد منهما بسهم فى الربح .
ويسميها أهل الحجاز قراضا ، من القرض وهو القطع ، تقول : قرض الفـأر الثوب اذا قطعه ، فكأن رب المال اقتطع من ماله قطعة ودفعها الى عامـل واقتطع له قطعة من ربحها .
وقيل : القراض مشتق من المساواة والموازنة ، تقول : تقارض الشاعـران اذا تساويا وتوازنا .
والقراض شرعا هو : ان يدفع اليه مالا يتجـر فيه ، والربح مشترك .
وهو مشروع بالاجماع والقياس ،
اما الاجماع فقد حكاه ابن المنذر وغيره كابن حزم ، أنظر المراتب ص ٩١ ، وأنظر رحمة الأمة ص ١٧٥ ٠
وقد كان ذلك جاريا فى عهده صلى الله عليه وسلم واقره ، كما أنـــه صلى الله عليه وسلم ضارب لخديجة أم المؤمنين بمالها الى الشام قبل البعثـة وارسلت معه عبدها ميسرة .
=
(١) فى نسخة ((ب)) : فاذا نض فقد قارضتك ٠ / واسقط لفظ (عليـه) .
ومعنى النض عند أهل الحجاز : الدراهم والدنانير ، والناض من الأمـوال هو الذى يتحول عينا بعد ان كان متاعا .
أنظر المختار ص ٦٦٥ والقاموس جـ٢ ص ٣٤٥ ٠
(٢) فتح العزيز جـ١٢ ص ٧ ٠
وهو قول المالكية : الخرشي جـ٦ ص ٢٠٥ . الشرح الكبير جـ٣ ص ٥١٩ وحاشـية الدسوقى عليه . شرح المنح جـ٣ ص ٦٦٨ ٠

وقال أبو حنيفة : يصح .(٣)

لنـــا : أنه عقد لا يجوز على مال مجهول ،(٤) فلم يجز تعليقه على شــــرط مستقبل ،(٥) كالبيع .(٦)

= واما القياس : فلأن بالناس حاجة اليها ،فان النقدين لا تنمى الا بالتجـارة وليس كل من يملكهما يحسن التجارة ، ولا كل من يحسنها له مال .
وقد قال بها عمر وعثمان وعلى وابن مسعود وحكيم بن حزام ، ولا مخالــف لهم من الصحابة .
أنظر مغنى المحتاج جـ٢ ص ٣٠٩ . كشاف القناع جـ٣ ص ٤٩٧ . المراتب: ص ٩١ .

(٣) الهداية جـ٧ ص ٤١٦ . التبيين جـ٥ ص ٥٤ . مجمع الأنهر جـ٢ ص ٣٢٢ .
وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى جـ٢ ص ٣٣٠ . كشاف القناع جـ٣ ص ٥٠٢ . المغنى جـ٥ ص ٥٣ .
واليه ذهب ابن حزم : المحلى جـ٩ ص ١١٦ .

(٤) وهو ثمن ذلك الثوب ،اذ لا يدرى بكم سيباع .

(٥) وهو قوله : فاذا نض .

(٦) حيث لا يجوز تعليقه على شرط مستقبل ، ولذلك اشترط فى الصيغة أن تكون بلفظ الماضى .

بجامع ان كلا عقد لا يجوز على مال مجهول ، اما الاصل فهو البيـــــع واما الفرع فهو القراض .

ولما كان حكم الاصل هو بطلان البيع المعلق على شرط مستقبل ، كــان حكم الفرع كذلك فلا يجوز تعليق القراض على بيع الثوب وجعل ثمنه قراضـــا أيضا لذلك .

قالوا : يجوز على عوض مجهول ،(٧) فأشبه الطلاق والعتاق .(٨)

قلنا : يبطل بالنكاح .(٩) والمعنى في الأصل(١٠) انه يجوز مع جهالة لا تدعو اليها الحاجة ،(١١) وها هنا(١٢) لا يجوز(١٣) مع جهالة تدعو اليها الحاجة ،(١٤) فهي كالبيع ،(١٥) يجوز مع الجهل بأساس الحيطان ثم لا يجوز تعليقه على شرط مستقبل .

---

(٧) وهو الربح ، حيث لا يعلم ذلك وقت العقد .

(٨) حيث يجوز ايقاع الطلاق والعتاق على عوض مجهول .
بجامع ان كلا عقد يجوز على عوض مجهول ، اما الاصل فالطلاق والعتاق واما الفرع فالقراض .
ولما كان حكم الاصل صحة ايقاع الطلاق والعتاق على عوض مجهول ، كان حكم الفرع كذلك فيصح القراض على ثمن الثوب أيضا لذلك .

(٩) حيث يجوز مع جهالة المهر ، ثم لا يجوز تعليقه على شرط مستقبل ، ولذا كانت صيغته بالماضي .

(١٠) أي في الطلاق والعتاق .

(١١) أي يجوز مطلقا ، لانهما فسخ عقد .

(١٢) أي في القراض .

(١٣) سقط قوله (لا) من نسخة ((ب)) .

(١٤) في نسخة ((ب)) : تدعو الحاجة اليها . / لان القراض انشاء عقد والجهالة تؤثر في العقود .
أي فكان هذا فارقا بين الاصل والفرع في قياسهم فيبطل به .

(١٥) حيث يصح مع الجهالة اذا دعت اليها الحاجة .
بجامع ان في كل جهالة تدعو الحاجة اليها ، اما الاصل فهو البيع مع الجهل بأساس الحيطان ، واما الفرع فهو القراض .
ولما كان حكم الاصل عدم صحة البيع اذا علق على شرط مستقبل ، كان حكم الفرع كذلك ، فلا يصح القراض اذا علق على شرط مستقبل أيضا لذلك .

* مسألة (١٦٨) : اذا شرط أن لا يشترى الا من فلان أو سلعة بعينها لم تصح المضاربة[(١)] ٠/١٦١ى ٠

وقال أبو حنيفة : تصح[(٢)] ٠

لنا : هو انه شرط يمنع مقصود القراض،[(٣)] فأشبه اذا شرط أن لا يبيع الا بما يشترى[(٤)] أولا يبيع ولا يشترى الا من واحد[(٥)] ٠

---

(١) سقط لفظ (المضاربة) من نسخة ((ب)) ٠
أنظر : المختصر ص١٢٢ ٠ المنهاج ص ٧٤ ٠ الوجيز جـ١ ص ٢٢٢ ٠ ونقل الرافعى عن أبى الطيب قولا انه : اذا كان الشخص المعين بياعا لا ينقطع عنده المتاع الذى يتجر على نوعه غالبا جاز تعيينه. أهـ فتح العزيز جـ١٢ ص١٤ ٠
وهو قول المالكية : الشرح الصغير جـ٢ ص ٢٤٨ ٠ الجواهر جـ٢ ص ١٧٢ ٠ شرح المنح جـ٣ ص ٦٧٣ ٠ ويشبه أن يكون هذا قول ابن حزم أيضا لقوله : ولا يجوز أن يشترط عبدا يعمل معه أو اجيرا يعمل معه أو جزء من الربح لفلان لانه شرط ليس فى كتاب الله عز وجل فهو باطل . أهـ وهذا مثله . المحلى جـ٩ ص١١٧ ٠

(٢) الهداية جـ٧ ص ٤٢٥ ٠ التبيين جـ٥ ص ٥٩ ٠ مجمع الانهر جـ٢ ص ٣٢٥ ٠
وهو قول الحنابلة : المحرر جـ١ ص ٣٥٢ ٠ المغنى جـ٥ ص ٥١ ٠

(٣) وهو التوسع فى التجارة . أى وفى ذلك تضييق على المضارب فى مجالات تجارته . وهو خلاف مصلحته لفوات الربح عليه أو لقلته فيه .

(٤) أى برأس المال، حيث لا تصح المضاربة على ذلك لفوات الربح على العامل .

(٥) حيث لا تصح المضاربة على ذلك لما فيه من التضييق على المضارب ، ولعل هذا الواحد شحيحا لا يؤمل من ورائه ربح أو ذا بضاعة كاسدة أو قليلة الرواج .
والجامع فى القياس المذكور هو ان كلا شرط يمنع مقصود المضاربة ، اما الاصل فهو مالو شرط عليه أن لا يبيع الا بما يشترى ، أو لا يشترى ولا يبيع الا من واحد ، واما الفرع فهو مالو شرط عليه أن لا يشترى الا من فلان .
ولما كان حكم الاصل هو بطلان المضاربة به ، كان حكم الفرع كذلك فلا تصح المضاربة بذلك الشرط أيضا لذلك .

قالوا : اذن فى التجارة يجوز فى نوع (٦)، فجاز فى سلعة بعينها ، كالوكالة (٧).

قلنا : السلم يجوز فى نوع (٨) ولا يجوز فى ثمر بعينها (٩)، ولان النوع يعم ، فيحصل به المقصود (١٠)، وسلعة بعينها لا يحصل بها المقصود ، لانه ربما يغالى (١١) فى ثمنها ، ولا تباع (١٢) وفى الوكالة القصد تحصيل (١٣) مراد الموكل (١٤) ،

---

(٦) أى من الأنواع دون غيرها .

(٧) حيث تجوز فى نوع خاص أو فى سلعة خاصة .
بجامع ان كلا اذن فى التجارة يجوز فى نوع معين ، اما الاصل فهو الوكالة واما الفرع فهو المضاربة .
ولما كان حكم الاصل صحة الوكالة فى بيع نوع خاص أو سلعة معينة ، كان حكم الفرع كذلك فيجوز اشتراط المضاربة على سلعة أو نوع معينين أيضا لذلك .

(٨) لانه عام فى الافراد ، فاذا تلف بعضها أمكن الاستيفاء من الآخر.

(٩) لاحتمال فواتها بآفة ونحوها فيفوت الحق على صاحبه وهو رب السلم .
والمراد : أن العلة التى ذكروا باطلة لقصورها ، حيث تخلفت فى السلم .

(١٠) وهو الربح الناتج عن الاتجار بالنوع .

(١١) فى نسخة ((ب)) : يغال . / بلا ياء والصواب اثباتها ، وفاعل المغالاة هو ذلك الذى اشترط رب المضاربة التعامل معه .

(١٢) فى نسخة ((ب)) : أو لا تباع . / وفى الحالين المغالاة أو عدم البيع يفوت على عامل المضاربة الربح الذى يتعلق به اجره ، فلا يستفيد من المضاربة شيئا .

(١٣) فى نسخة ((ب)) : يحصل .

(١٤) وهو تحصيل السلعة أو ثمنها له .

والقصد هاهنا (١٥) الاشتراك فى الربح (١٦) ، ولهذا لو وكل فى الشراء دون البيع أو فى البيع بالثمن الذى اشتراه (١٧) جاز ، ولا يجوز هاهنا (١٨) .

* مسألة (١٦٩) : اذا شرط فى القراض جميع الربح لنفسه أو للعامل (١) .

بطل ٠ / ١٦١ى٠

---

(١٥) أى فى القراض .

(١٦) أى بين العامل ورب المال .
أى فثبت بذلك أن بين الاصل والفرع فى قياسهم فارقا فيبطل به .

(١٧) فى نسخة ((ب)) : الذى اشترى جاز .

(١٨) أى فى المضاربة لان الربح هاهنا مقصود العامل ورب المال ، واما فى الوكالة فهو مقصود الموكل فقط ، اذ لا شئ للوكيل منه .

(١) الوجيز جـ١ ص ٢٢٢ ٠ لكن الرافعى فصل فى ذلك فقال : فلو قال قارضتك على أن يكون جميع الربح لك ففى حكمه وجهان : أصحهما انه قراض فاسد رعاية للفظ ،
والثانى : انه قراض صحيح رعاية للمعنى .أهـ.
وكذلك قال فى المسألة الاخرى : ولو قال قارضتك على أن الربح كله لى ، فهو قراض فاسد أو ابضاع ، فيه وجهان . أهـ فتح العزيز جـ١٢ ص١٨٠
وذكر ذلك النووى أيضا فى المنهاج ص ٧٤٠
ولم يذكر المصنف هذا الخلاف فى التنبيه . أنظر ص ٨١ ولا فى المهذب أنظر جـ١ ص ٣٨٥٠
ويشبه أن يكون هذا قول ابن حزم أيضا فقد قال : ولا يجوز القراض الا بان يسميا السهم الذى يتقارضان عليه من الربح ... لانه ان لم يكن هكذا لم يكن قراضا . أهـ المحلى جـ٩ ص ١١٧٠

وقال أبو حنيفة : ان شرط لنفسه فهو بضاعة(٢) وان شرط للعامل فهو قرض.(٣)

لنا : انه صرح بعقد(٤) وشرط فيه خلاف ما يقتضيه(٥)، فلا ينعقد به عقد آخر،(٦) كما لو باع بلا ثمن(٧) لا ينعقد هبة،(٨) أو اجر بلا اجرة، لا ينعقد عارية.(٩)

---

(٢) البضاعة بكسر الباء هي : القطعة من المال تعد للتجارة ، واذا جعلته بضاعة لغيرك .
قلت : استبضعته ، وابضعته غيرى ، وجمعها بضائع . أنظر المصباح : جـ١ ص ٥٧ .

(٣) الهداية جـ٧ ص ٤١٦ . التبيين جـ٥ ص ٥٣ . مجمع الأنهر جـ٢ ص ٣٢٢ .
وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى جـ٢ ص ٣٢٨ . كشاف القناع جـ٣ ص ٤٩٨ .
المغنى جـ٥ ص ٥٢ .
وبه يقول المالكية : الشرح الصغير جـ٢ ص ٢٤٩ . الجواهر جـ٢ ص ١٧٣ .
شرح المنح جـ٣ ص ٦٧٥ .

(٤) فى نسخة ((ب)) : لنا هو انه صرح بعقد شرط فيه . . . الخ . / فزاد لفظ (هو) ونقص الواو من قوله (وشرط فيه) .

(٥) وهو الاشتراك فى الربح بين العامل ورب المال فاذا نفاه خالف مقتضى المضاربة .

(٦) لا عقد ابضاع ولا عقد قرض أى دين ، بل يبطل بذلك الشرط للمعنى المذكور .

(٧) فى نسخة ((ب)) : كما لو باع بثمن لا ينعقد بهبة . / فأسقط أداة النفى وباثباتها يتم المعنى .

(٨) أى بل يبطل العقد لفقد أحد اركان البيع ، وهى العاقدان والثمن والمثمن والصيغة .
بجامع ان كلا صرح بعقد وشرط فيه خلاف ما يقتضيه ، اما الأصل فهو مالو باع بلا ثمن ، واما الفرع فهو مالو شرط جميع الربح له أو للعامل فى القراض .
ولما كان حكم الاصل بطلان عقد البيع أصلا وعدم انعقاده هبة ، كان حكم الفرع كذلك فيبطل عقد المضاربة ، ولا ينعقد ابضاعا ولا قرضا أيضا لذلك .

(٩) أى بل يبطل العقد أصلا .

قالوا : الحكم يتعلق بمعانى القول،(١٠) لا بالالفاظ ، كما لو قال لعبده بعتك نفسك بألف . فانه يكون عتقا(١١) ، وان صرح بالبيع .(١٢)

قلنا : يبطل بما قسنا عليه ،(١٣) والمعنى(١٤) فى العتق انه يصح بلفظ البيع، والقرض لا يصح بلفظ القراض.(١٥)

= بجامع ان كلا صرح بعقد وفعل خلاف مقتضاه ، اما الاصل فما لو اجر بلا اجرة ، واما الفرع فما لو شرط الربح لنفسه أو للعامل .

ولما كان حكم الاصل عدم انعقاد الاجارة بعد بطلانها عارية ، كان حكم الفرع كذلك فلا ينعقد القراض بعد بطلانه عقد قرض ولا ابضاع أيضا لذلك .

(١٠) أى والمعنى فى الصورة المذكورة هو انه عقد ابضاع ان شرط الربح لنفسه وعقد قرض ان شرطه للعامل ، ولا عبرة بتلفظه بعقد المضاربة .

(١١) فى نسخة ((ب)) : فلا يكون ./ وهو تحريف . وما فى الاصل معناه: فانه يكون عتقا أى على مال .

(١٢) أى فلا يبطل العقد من أصله بل يحمل على العتق على مال .
بجامع تعلق الحكم بالمعنى دون اللفظ فى كل من الاصل وهو مالو قال لعبده : بعتك نفسك بألف ، والفرع وهو مالو شرط الربح كله فى المضاربة لنفسه أو للعامل .
ولما كان حكم الاصل انعقاده على العتق وان صرح بالبيع ، كان حكم الفرع كذلك فينعقد على القرض أو الابضاع وان صرح بالمضاربة أيضا لذلك .

(١٣) وهو مالو باع بلا ثمن حيث لا ينعقد هبة ، أو اجر بلا اجرة حيث لا ينعقد عارية ، مع ان المعنى فيهما متقارب ، ثم لم يعتبر ذلك فى انعقاده على ما يشبهه من العقود .

(١٤) أى العلة التى لاجلها وقع العتق وان كان بلفظ البيع .

(١٥) أى ففارق الاصل الفرع فى قياسهم بذلك ، ولا قياس مع الفارق .

* مسألة (١٧٠) : نفقة[1] العامل فى السفر من ماله فى أحد القولين[2] . / ١٦١ ى .

---

(١) النفقة : بفتح الأول والثانى ، من الانفاق وهو الاخراج ، ولا يستعمل ذلك الا فى الخير ومقابله الغرامة .

وهى أى النفقة قسمان : على النفس ، وتقدم على الغير لحديث (ابدأ بنفسك فتصدق عليها فان فضل شئ فلأهلك) . أهـ رواه مسلم . كتاب الزكاة . رقم / ٤١ .

والثانى : نفقة على الغير ، وأسباب وجوبها للغير ثلاثة : النكاح والملك ، كالنفقة على الزوجة والرقيق ،

والثالث : القرابة ، كالنفقة على الاقرباء لشمول البعضية لهم . أنظر مغنى المحتاج جـ٣ ص ٤٢٥ .

والنفقة تشمل : الطعام والشراب والكسوة واجرة الركوب ، لانها أمور معتادة ومثله غسل ثيابه واجرة من يخدمه وعلف دابته والدهن فى موضع يحتاج اليه كالحجاز واجرة الحمام والحلاق وقص الشارب ، بخلاف النفقة الطارئة كثمن دواء لان الأصل الصحة ، فلا تجب نفقة المرض وهو طارئ ، على مال المضاربة .

أنظر التبيين جـ٥ ص ٧٠ .

(٢) ومحل الخلاف : هو ما اذا لم يشترطها العامل على رب العمل .

أنظر : المختصر ص ١٢٢ . الوجيز جـ١ ص ٢٢٤ .

قال فى المنهاج ص ٧٤ : لا ينفق منه على نفسه حضرا وكذا سفرا فى الأظهر . أهـ

وهو قول الحنابلة ، الا أن اشترطها لنفسه فتجوز حضرا أو سفرا .

أنظر : شرح المنتهى جـ٢ ص ٣٣٢ . كشاف القناع جـ٣ ص ٥٠٧ . المغنى : جـ٥ ص ٥٠ .

ومنعه منه ابن حزم مطلقا : المحلى جـ٩ ص ١١٧ .

وقال أبو حنيفة : من مال القراض.(٣)

لنا : هو انه نفقة على نفسه ، فلم يكن على رب المال ، كنفقة الحضر،(٤)
ولان كل مؤونة لا تلزمه(٥) في الحضر لم تلزمه في السفر ، كثمن الطبيب واجرة الطبيب.(٦) ولأنه عقد لا يوجب التوارث ،فلا يوجب الانفاق ،كالاجارة.(٧)

---

(٣) الهداية جـ٧ ص ٤٤٢ . التبيين جـ٥ ص ٧٠ . مجمع الأنهر جـ٢ص٣٣٣ .
وهو قول المالكية ، ومحله: اذا كان المال كثيرا يحتمل تلك النفقة ، ومحل الانفاق على الزوجية هو ما اذا لم يبن بها في سفره ذاك . ومحله أيضا مالم يكن لحج أو أهل أو جهاد .
أنظر: الخرشي جـ٦ ص٢١٧ . الشرح الكبير جـ٣ ص ٥٣٠ . شرح المنح جـ٣ ص ٦٨٩ .

(٤) حيث لا تجب في مال المضاربة .
بجامع ان كلا نفقة على نفسه ، اما الاصل فنفقة الحضر واما الفرع فنفقة السفر، ولما كان حكم الاصل عدم وجوبها في مال المضاربة ،كان حكم الفرع كذلك فلا تجب في حال السفر على مال المضاربة أيضا لذلك .

(٥) في نسخة ((ب)) : لا تلزم .

(٦) حيث لا تجب في مال المضاربة أصلا لا في حضر ولا في سفر.
بجامع ان كلا مؤونة لا تلزم مال المضاربة في الحضر ،
اما الاصل فاجرة الطبيب وثمن الطيب . واما الفرع فهو نفقة العامل .
ولما كان حكم الاصل عدم وجوبها في السفر ، كان حكم الفرع كذلك فلا تلزم نفقة العامل في السفر أيضا لذلك .

(٧) حيث لا تجب نفقة الاجير على المستأجر .
بجامع ان كلا عقد لا يوجب التوارث ، اما الاصل فالاجارة ، واما الفرع فالقراض ولما كان حكم الاصل عدم لزوم الانفاق بالاجارة ، كان حكم الفرع كذلك فلا تلزم النفقة بالقراض أيضا لذلك .

قالوا : مؤنة (٨) لأجل المضاربة (٩) ، فأشبه اجرة الكيال والوزان (١٠) .

قلنا : ذاك (١١) على المال ، فكانت على المالك (١٢) ، وهذه (١٣) على نفسه ، فكانت في ماله (١٤) .

قالوا شرط لنفسه الربح ليسلم له ، فاذا جعلنا نفقة السفر الذى تكفله (١٥)

---

(٨) فى نسخة ((ب)) : مؤونة ./ والمؤونة هى نفقة القوت ، تقول احتمل القائد مؤونة جنوده أى قوتهم ، الفعل منها : مأنه يمأنه ، بالهمزة وبالتسهيل والأول أكثر ، والمؤونة بفتح الميم بعدها همزة مضمومة والجمع مئونات ، وفيها لغة ثانية : مؤنة بهمزة ساكنة ، والجمع مؤن مثل غرفة وغرف . وثالثة : مونة بالواو والجمع مون مثل سورة وسور ، يقال : مانه يمونه ، من باب قال - أنظر القاموس جـ٤ ص ١٢٦ . المصباح جـ٢ ص ٢٠٣

(٩) لان بها قوام عامل المضاربة وتفرغه لها .

(١٠) حيث تجب اجرة ذلك على مال القراض .
بجامع ان كلا مؤونة لاجل المضاربة ، اما الاصل فهو اجرة الكيال والوزن ، واما الفرع فهو نفقة عامل المضاربة فى السفر .
ولما كان حكم الاصل وجوبها فى مال المضاربة ، كان حكم الفرع كذلك فتجب نفقته على مال المضاربة أيضا لذلك .

(١١) فى نسخة ((ب)) : ذلك ./ أى اجرة الوزن والكيل .

(١٢) لان المال له .

(١٣) أى النفقة فى السفر .

(١٤) أى وهذا فارق بين الاصل والفرع فى قياسهم فيبطل به .

(١٥) فى نسخة ((ب)) : الذى تكلفه .

لأجل المال عليه [١٦]، لم يسلم [١٧] له الربح [١٨].

قلنا : يبطل بنفقته في الحضر [١٩]، ثم هذا [٢٠] يعارضه ان رب المال انما قصد أن يسلم له الربح ، فاذا جعلنا النفقة عليه [٢١] ربما اتت على الربح [٢٢]. وقد تزيد فيأخذ من رأس المال [٢٣].

قالوا : النفقة في السفر من المال متعارف ، فصار كالمشروط [٢٤].

قلنا : المتعارف أن ينفق ويحتسب من حصته [٢٥].

---

(١٦) جار ومجرور متعلق بجعلنا .

(١٧) سقط قوله (يسلم) من نسخة ((ب)) .

(١٨) أي من التعرض للنفاد بالانفاق منه على نفسه .

(١٩) حيث ينفق على نفسه منه فيتعرض ربحه للنفاد ، فكانت علتهم التي ذكروا قاصرة ، فلا تصلح جامعا بين الاصل والفرع في القياس المذكور .

(٢٠) أي المعنى الذى ذكروا وهو خوف تعرض الربح للنفاد اذا انفق منه على نفسه في السفر .

(٢١) في الاصل (فاذا جعلنا الربح النفقة عليه) وزيادة الربح لا محل لها ، وهي غير موجودة في نسخة ((ب)) .
والضمير في (عليه) عائد الى الربح .

(٢٢) أي فذهبت به ولا يبقى لرب المال منه شئ .

(٢٣) أي وبذلك يتعرض رأس المال للفوات .

(٢٤) أي والقاعدة أن المعروف عرفا كالمشروط شرطا ، أنظر اشباه ابن نجيم ص ٩٩ .

(٢٥) أي من نصيبه من الربح ، فينزل العرف منزلة الشرط في العقد .

قالوا : الربح فى مقابلة التجارة (٢٦) والنفقة لتسليم نفسه (٢٧) كالمهر (٢٨) فى مقابلة الوطئ ، والنفقة لتسليم النفس. (٢٩)

قلنا : فيجب أن يجب ذلك فى الحضر ، (٣٠) كما قلنا فى نفقة المرأة ، (٣١) ولان النكاح آكد فى البذل (٣٢) من المضاربة ، (٣٣) ولهذا يجب جميع البدل (٣٤) بالموت (٣٥) قبل التسليم ، (٣٦) ولا يجب فى المضاربة ، (٣٧) ولان النكاح

---

(٢٦) التجارة هنا مصدر فى معنى الاتجار وهو فعل التجارة .

(٢٧) أى لحبسها على استثمار مال المضاربة .

(٢٨) حيث يعطى للزوجة .

(٢٩) أى لحبسها نفسها على متعة الزوج وخدمته .

(٣٠) أى والحال انكم لا تقولون ذلك ، فدل على بطلان العلة التى ذكروا لقصورها على محل حكم الاصل حيث قد تخلفت فى الفرع .

(٣١) انها تجب على الزوج مطلقا سواء كانت الزوجة فى سفر أو حضر ، مادام انها مسلمة نفسها وحابستها عليه .

(٣٢) أى فى بذل النفقة .
وفى نسخة ((ب)) : فى البدل ./ بالدال المهملة .

(٣٣) لانه حبس دائم على مصلحة الرجل سفرا وحضرا . واما المضاربة فالحبس على شغل المضاربة انما يكون فى السفر دون الحضر اذ لولا المضاربة لما سافر ، بخلاف الحضر حيث يعمل فيه بالمضاربة وغيرها .

(٣٤) وهو المهر .

(٣٥) أى بموت الزوج .

(٣٦) لان عقد النكاح قد تم ، وعدم الدخول حصل بسبب لادخل لها فيه فثبت لها المهر كله بتسليم نفسها .

(٣٧) أى قبل تسليم المضارب نفسه وحبسها على عمل المضاربة .

أخذ شبها من النسب ،[٣٨] الا ترى انه يستحق به الميراث بخلاف المضاربة.[٣٩]

* مسألة (١٧١) : اذا اشترى المضارب زوج صاحبة[١] المال ،لم يصح الشراء فى أحد[٢] القولين ./ ١٦١ ش.

وقال أبو حنيفة : يصح.[٣]

---

(٣٨) أى ولهذا لك استحقت به المرأة النفقة بكل حال حضرا وسفرا .

(٣٩) حيث الصلة بين المضارب ورب المال محدودة فى عمل المضاربة وربحهما ، فهى أضعف من صلة النكاح بين الزوج والزوجة . وبناء على ذلك فان قياسهم المضاربة على النكاح قياس مع الفارق .

(١) الزوج هو البعل (وهذا بعلى شيخا) . والزوج يطلق فى اللغة على الذكر ، وعلى الانثى ، قال تعالى (وقلنا ياآدم اسكن أنت وزوجك الجنة) سورة البقرة آية / ٣٥ .

أنظر المختار ص ٢٧٨ . والمقصود هنا البعل وهو الرجل .

(٢) وهذا أظهرها ، وقد ذكرهما فى الوجيز وشرحه بانهما وجهان لا قولين ، ومحل عدم الصحة اذا لم تأذن ربة المال بذلك .

أنظر: الوجيز جـ١ ص ٢٢٣ . فتح العزيز جـ١٢ ص ٣٧ . المنهاج ص٧٤ .

(٣) أى وينفسخ النكاح فيهما ، لا متلاك أحد الزوجين للآخر .

حاشية الشلبى على التبيين جـ٥ ص ٦٠ وجـ٤ ص٢٥٦ من التبيين . مجمع الأنهر جـ٢ ص ٢٧ . فى الوكالة .

وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى جـ٢ ص ٣٣١ . كشاف القناع جـ٣ ص ٥٠٤ .

ولم أقف على قول المالكية صريحا ، لكنهم اذ يوجبون على الوكيل التصرف بما يعود على الموكل بالمصلحة وشراء زوج صاحبة المال ليس من مصلحتها لما يؤدى اليه من فسخ النكاح كان القول بعدم صحة هذا العقد قولا لهم أيضا . أنظر الشرح الصغير جـ٢ ص ١٨٤ .

واما ابن حزم فيوجب على الوكيل التقيد بأمر الموكل فلا يتعداه وان كان فى تعديه مصلحة الموكل ، فان فعل أو اشترى مالم يأمره به ، فلا يلزم الموكل ، وانما يلزم الوكيل وحده . أنظر: المحلى جـ٩ ص١١٣ والتى تليها .

لنا : انه عقد ، عليها فيه ضرر ، فلم يملكه المضارب ، كشراء من يعتق عليها [٤] .

قالوا : يصح للبيع وطلب الربح ، فأشبه غيره [٥] .

قلنا : لا ضرر عليها في شراء غيره [٦] ، وفي شرائه [٧] ضرر ، ولأنه يسقط مهرها ونفقتها واستمتاعها [٨] ، والقصد بالمضاربة المنفعة لا المضرة .

* مسألة (١٧٢) : اذا فسخا وهناك دين ، وجب على المضارب اقتضاؤه [١] . / ١٦١ ش .

---

(٤) حيث لا يصح ذلك العقد .
بجامع ان كلا عقد فيه ضرر على رب المال ، اما الاصل فما لو اشترى من يعتق على ربة المال ، واما الفرع فما لو اشترى زوج رب المال .
ولما كان حكم الاصل بطلان ذلك العقد ، كان حكم الفرع كذلك ، فلا يصح شراء زوج صاحبة المال أيضا لذلك .

(٥) أي غير الزوج ، حيث يصح شراؤه .
بجامع ان كلا محل للبيع وطلب الربح ، اما الاصل فما عدا زوج صاحبة المال واما الفرع فهو زوج صاحبة المال .
ولما كان حكم الاصل الصحة ، كان حكم الفرع كذلك فيصح شراء زوج صاحبة المال أيضا لذلك .

(٦) لكونه محلا للربح منه .

(٧) أي الزوج .

(٨) لانفساخ عقد نكاحها به ، اذ لا يجوز أن يكون أحد الزوجين ملكا للآخر .

(١) أي استيفاؤه ممن وجب عليه ، تقول : اقتضى فلان دينه وتقاضاه بمعنى . أي قبضه . أنظر المختار ص ٥٤١ . القاموس جـ٤ ص٣٧٩ .
وأنظر المسألة في : المنهاج ص ٧٤ . فتح العزيز جـ١٢ ص٧٣ . والحجة فيه : ان الدين ملك ناقص وقد أخذ العامل المال من ربه كاملا فليرده كما أخذه .

وقال أبو حنيفة : ان لم يكن فى المال ربح لم يجب .(٢)

لنا : هو أنه دين فوجب على العامل اقتضاؤه ،كما لو كان فى المال ربح .(٣)

قالوا : ليس له عليه ولاية ،فلا يجبره على اقتضاء دينه من غير عوض ،كالوكيل .(٤)

قلنا :(٥) الوكيل لا يلزمه ببدل ،(٦) والعامل يلزمه مع الربح ،فلزمه من غير عوض.(٧)

---

(٢) الهداية جـ٧ ص ٤٣٧ .التبيين جـ٥ ص ٦٧ . مجمع الأنهر جـ٢ ص ٣٣١ .
وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى جـ٢ ص ٣٣٥ . كشاف القناع جـ٣ ص ٥١٢ .
المغنى جـ٥ ص ٤٧ .
ولم أقف على قول المالكية وابن حزم فى ذلك .

(٣) حيث يجب عليه اقتضاؤه .
بجامع ان كلا دين ، اما الاصل فهو مالو كان فى المال ربح واما الفرع فهو مالو لم يكن فيه ربح ولما كان حكم الاصل وجوب الاقتضاء فيه ، كان حكم الفرع كذلك فيجب اقتضاؤه وان لم يكن فيه ربح أيضا لذلك .

(٤) حيث لا يجبره الموكل على اقتضاء الدين عما وكل فيه .
بجامع انعدام الولاية عليه فى كل من الاصل وهو الوكيل والفرع وهو عامل المضاربة ، ولما كان حكم الاصل عدم اجبار الوكيل على اقتضاء دين الوكالة كان حكم الفرع كذلك فلا يجبر العامل فى المضاربة على اقتضاء الدين أيضا لذلك .

(٥) من قوله (قلنا) الى نهاية المسألة ساقط من نسخة ((ب)) .

(٦) أى لا يلزمه اقتضاء دين الوكالة وان بذل له الموكل بدلا على ذلك .

(٧) وهو مالو لم يكن فى المال ربح .

" مسـائل المـأذون (*) "

* مسألة (١٧٣) : العبد يملك اذا ملك (١) . في قوله القديم (٢) / ١٦١ ش.

(*) اسم مفعول من الاذن ، تقول : اذن بكذا كسمع اذنا بكسر الهمزة وسكون الذال المعجمة ويجوز تحريكها ، وأذانا واذانة : علم به ، ومنه قول تعالى (فاذنوا بحرب) أي كونوا على علم بها ، وآذنه للأمر وبه أعلمه . أنظر القاموس جـ٤ ص ١٩٥ .
والاذن : الاباحة ، تقول اذن لمبكذا اذا اباحه له ، فهو مأذون له فيه ، الا أن الفقهاء يحذفون الصلة (له) تخفيفا ، فيقولون المأذون ، كما قالوا في الحجر : محجور : بحذف الصلة ، والاصل محجور عليه . أنظر المصباح جـ١ ص١٢ .
وتعريف الاذن في الشرع: هو فك الحجر الثابت بالرق شرعا عما يتناوله الاذن .
وقيل في تعريفه أيضا : فك الحجر واسقاط الحق . ومن وقع عليه ذلك يقال له مأذون . بمعنى أن العبد كان محجورا عن التصرف لحق المولى ، فاذا اذن له المولى اسقط حق نفسه . أي أن المولى كان له حق في رقبة العبد ، فقبل الاذن لا تتعلق الديون برقبته ولا بكسبه ، وبعد الاذن يسقط هذا الحق وتتعلق الديون بها .
ومثل العبد أيضا الصبي والمعتوه . وذلك فيما اذا اذن لهما وليهما بالتصرف بيعا وشراء ونحو ذلك . أنظر الكفاية جـ٨ ص٢١١ . والهداية جـ٨ ص٢٣٩ .
وفي مغني المحتاج جـ٢ ص٩٩ . تصرفات الرقيق ثلاثة أقسام : مالا ينفذ وان اذن فيه السيد ، كالولايات والشهادات ، وما ينفذ بغير اذنه كالعبادات والطلاق والخلع ، وما يتوقف على اذنه ، كالبيع والاجارة ، وهذا هو مقصود الباب . أهـ .

(١) بالبناء للمجهول ، أي اذا اذن له سيده بالتملك .

(٢) وهو خلاف الاظهر .
المنهاج ص ٥٢ . الوجيز جـ١ ص ١٥٢ . تحت عنوان مداينة العبيد من كتاب البيع . فتح العزيز جـ٩ ص ١٤٧ .
وهو قول المالكية : الشرح الصغير جـ٢ ص ١٤٣ في كتاب الحجر : والمأذون من اذن له سيده ان يتجر في مال نفسه ، والربح له أو لسيده أو في مال السيد والربح للعبد . أهـ

=

وقال أبو حميفة : لا يملك.[٣]

لنا : ماروى ابن عمر[٤] أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : (من أعتق عبدا وله مال ، فماله للعبد الا أن يستثنيه السيد[٥]) ولانه آدمى حى ، فجاز أن يملك المال ، كالحر،[٦] ولأنه أحد سببى اباحة الوطئ فملك به العبد ،

= وأنظر الجواهر جـ٢ ص١٠٠ . الشرح الكبير جـ٣ ص٣٠٣ وص٣٠٤ . شرح المنح جـ٣ ص١٨٧ ،

وأنظر القوانين ص٣١٧ : وهو - أى العبد - يملك ماله الا أنه ملك ناقص عن ملك الحر لان للسيد انتزاعه منه متى شاء اجماعا . أهـ.

وذهب ابن حزم الى صحة تمليك العبد والامة مالم ينتزع سيدهما مالهما . أنظر المحلى جـ٩ ص٢٤٢ .

(٣) المبسوط جـ٥ ٢ ص ٢ .

وللحنابلة فيه روايتان كالمذهبين . أنظر المحرر جـ١ ص٣٤٨ وفى المغنى جـ٤ ص١٣١ ،

قال : الثانية : يملك ، وهى أصح عندى . أهـ .

(٤) هو عبدالله بن عمر بن الخطاب - أنظر ترجمته فى المسألة رقم (٤) هامش (٣)

(٥) سقط لفظ (السيد) من نسخة ((ب)) .

والحديث رواه البيهقى جـ٥ ص٣٢٥ كتاب البيوع باب ماجاء فى مال العبد ، ولفظه عن عبدالله بن عمر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال : من اعتق عبدا فماله له الا ان يشترط السيد ماله فيكون له . وفى رواية أبى سعيد أن النبى صلى الله عليه وسلم ، والباقى سواء ، قال : ورواه ابن وهب عن ابن لهيعة والليث بن سعد ، وقال فى لفظه : من أعتق عبدا وله مال فمال العبد له الا أن يشترط السيد . أهـ .

ولم يتعقبه صاحب الجوهر النقى بشئ .

(٦) حيث يملك المال قطعا .

بجامع ان كلا آدمى حى ، اما الاصل فهو الحر واما الفرع فهو العبد .

ولما كان حكم الاصل صحة امتلاك الحر للمال كان حكم الفرع كذلك فيصح امتلاك العبد له أيضا لذلك .

كالنكاح .(٧) أو من ملك البضع(٨) ملك المال ،كالحر،(٩) ولانه يملك البضع فملك البدل عنه في الخلع،(١٠) كالحر.(١١)

فان قيل : البضع تدعو الحاجة الى ملكه لانه لا يستباح(١٢) بالاباحة ،ولا حاجة الى ملك المال ،لان مقصوده يستباح بالاباحة.(١٣)

---

(٧) حيث يملكه العبد أيضا .
بجامع ان كلا أحد سببي اباحة الوطئ ،اما الاصل فالنكاح واما الفرع فالملك
ولما كان حكم الاصل امتلاك العبد اياه ،كان حكم الفرع كذلك فيملك العبد
المال أيضا لذلك .

(٨) البضع : بضم فسكون يطلق على الفرج والجماع والتزويج .
والمقصود الثاني . أنظر المصباح جـ١ ص ٥٧ .

(٩) حيث يملك المال .
بجامع صحة ملك البضع في كل ، اما الاصل فهو الحر واما الفرع فهو
العبد .
ولما كان حكم الاصل صحة امتلاك الحر المال لصحة امتلاكه البضع ، كان
حكم الفرع كذلك فيملك العبد المال أيضا لذلك .

(١٠) في نسخة ((ب)) : فملك البدل عنه كالخلع،أو من ملك البضع. / القياس
خطأ،والزيادة لا محل لها .

(١١) حيث يملك بدل البضع.
بجامع صحة امتلاك البضع في كل من الاصل وهو الحر والفرع وهو العبد .
ولما كان حكم الاصل صحة امتلاك الحر بدل البضع،كان حكم الفرع كذلك فيصح
امتلاك العبد بدل البضع وهو المال ،أيضا لذلك .

(١٢) في نسخة ((ب)) : لا يستباح الا بالاباحة . / بزيادة أداة الاستثناء ،
والصواب حذفها كما في الاصل ، والمعنى فيه : لا يستباح باباحة غير
الولي وان كان صاحب البضع ، بخلاف المال حيث يستباح باذن صاحبه .

(١٣) أي وهذا فارق بين الاصل والفرع في قياسهم امتلاك المال على امتلاك
البضع .

قيل : لو كان للحاجة لوجب ان لا يملك من لا حاجة له (١٤) ، ولوجب أن يستبيح (١٥) ، ولا يأخذ عليه العوض ، كالميتة ومال الغير عند الاضرار . (١٦)

فان احتجوا (١٧) : بقوله عز وجل (ضرب الله مثلا عبدا مملوكا لا يقدر على شئ) (١٨) .

قلنا : انما ضرب لعبد لا يملك (١٩) ، ولهذا نكره (٢٠) ، فلا يقتضي جميع العبيد .

فان احتجوا (٢١) : بقوله (٢٢) (ضرب لكم مثلا من أنفسكم هل لكم مما ملكت أيمانكم

---

(١٤) في نسخة ((ب)) : لا حاجة به . / أي في البضع ، والحال غير ذلك ، فبطل أن يكون الوصف الذي ذكروا علة صحيحة لذلك .

(١٥) في نسخة ((ب)) : أن يستباح . / أي البضع والجماع ، ومافي الاصل أولى لانه قال بعده : ولا يأخذ ، والفاعل فيه هو (من لا حاجة له) فيكون الفعلان (يستبيح ولا يأخذ) مبنيان للمعلوم ، وهذا أولى من جعل الأول مبنيا للمجهول والآخر للمعلوم .

(١٦) حيث يستباحان بلا عوض حال الضرورة . أي والحال انه لا يجوز له أخذ مال الغير ولا الاستيلاء على البضع من غير اذن ولا عوض ، والحال انه يجوز له امتلاك المال بلا حاجة به اليه أيضا .

(١٧) من هنا الى رقم (٢٠) ساقط من نسخة ((ب)) .

(١٨) سورة النحل آية رقم / ٧٥ . محل الشاهد : لا يقدر على شئ . حيث التنكير للتعميم ومنه التملك .

(١٩) وهو الذي لم يؤذن له ، أي وكلامنا انما هو في العبد المأذون له .

(٢٠) أي والقاعدة ان النكرة في سياق الاثبات تخص . فصح أن المراد هنا نوع من أنواع العبيد وهم غير المأذون لهم ، فقط .

(٢١) الى هنا ينتهي السقط في نسخة ((ب)) .

(٢٢) في نسخة ((ب)) : بقوله عز وجل .

من شركاء (٢٣) فيما رزقناكم فانتم فيه سواء) (٢٤) .

قيل : (٢٥) المشاركة المساواة ، ونحن لا نسوى بينهما ، فان احدهما يملك بنفسه ملكا تاما ، (٢٦) والآخر لا يملكه بنفسه ، ثم (٢٧) يملك ملكا غير تام . (٢٨) ثم هو حجة (٢٩) لنا ، لانه جعلنا معه سبحانه وتعالى كالعبيد معنا ، (٣٠) ثم نملك مايملكنا ، (٣١) فيجب أن يملك العبيد مانملكهم .

قالوا : لو ملك ، لملك بالارث ، لانه أقوى جهات الملك . (٣٢)

---

(٢٣) من هنا الى آخر الاية ساقط من نسخة ((ب)) . وكتب مكانها كلمة (الآية) أى أكملها .

(٢٤) سورة الروم آية رقم/٢٨ . محل الشاهد : فانتم فيه سواء . حيث نفى امكان التسوية بين العبيد وسادتهم فى الرزق ، وهذا يقتضى نفى التملك أيضا .

(٢٥) فى نسخة ((ب)) : قلنا .

(٢٦) وهو السيد . أى مستقل فى الملك ولا يحتاج فيه الى اذن الغير .

(٢٧) فى نسخة ((ب)) : بل يملك .

(٢٨) لافتقاره فى التملك الى اذن المولى .

(٢٩) أى الاستدلال بالاية المذكورة .

(٣٠) فى نسخة ((ب)) : كالعبيد معه . / وهو خطأ .

(٣١) بتشديد اللام ، وفاعل التمليك هو الله سبحانه .

(٣٢) لكونه يحصل بلا جهد من الوارث ، وانما العمدة فيه اشتراك فى نسب المورث ، فهو ملك خالص له من أدنى شبهة وقد تولى الله قسمته فى الكتاب العزيز لا يملك أحد منعه عن الوارث ، فهو من أسباب الملك الجبرية ، فكان أقوى جهات الملك لذلك .

أنظر التبيين جـ٦ ص ٢٢٩ .

أى فاذا لم يملك باقوى جهات الملك وهو الارث ، فأولى أن لا يملك بالاذن - لضعفه .

قلنا : يبطل بالمكاتب والمرتد والكافر من المسلم (٣٣) فانهم يملكون (٣٤) ثم لا يملكون بالارث. (٣٥)

قالوا : مملوك فلا يملك ، كالبهيمة. (٣٦)

قلنا : الحر مملوك لله تعالى ، ثم يملك ، والاجير مملوك المنافع ، ثم يملك المنافع. (٣٧)

قالوا : من ملك (٣٨) لا يملك مثله ، كالحر لا يملك الحر. (٣٩)

قلنا : يبطل بالمكاتب. (٤٠)

---

(٣٣) أى وتملك الكافر من المسلم .

(٣٤) فى نسخة ((ب)) : فانهم يملكون المال ولا يملكون بالارث.

(٣٥) أى فدل على أنه لا يلزم من عدم صحة التملك بالارث عدم صحة التملك بالاذن ، فان هؤلاء يملكون بالاذن ولا يملكون بالارث للرق فى بعضهم وهو المكاتب ولاختلاف الدين فى البعض الاخر . وهما من موانع الارث دون الملك . أنظر المنهاج ص ٨٧ .

(٣٦) حيث هى محل للملك لا التملك .
بجامع ان كلا مملوك ، اما الاصل فالبهيمة ، واما الفرع فالعبد .
ولما كان حكم الاصل عدم التملك فيه كان حكم الفرع كذلك فلا يتملك العبد أيضا لذلك .

(٣٧) أى فبطلت العلة التى ذكروا بتخلفها فيما ذكره المصنف.

(٣٨) فى نسخة ((ب)) : من تملك .

(٣٩) أى والحال ان العبد لو ملك لملك مثله وهو العبد ، فيكون اكمل ملكا بذلك من الحر ، وهذا لا يصح لان ملك الحر أقوى من ملك العبد لكونه لا يحتاج فيه الى الاذن بخلاف العبد . فلا يصح أن يتملك العبد لذلك .

(٤٠) حيث يملك عبدا أو مكاتبا مثله ، ثم يصح منه الملك فى غيرهما أيضا . فبطلت بذلك العلة التى ذكروا لتخلفها فى المكاتب المذكور.

قالوا : لو ملك لملك الهبة ، كالحر. (٤١)

قلنا : المريض (٤٢) يملك ، ولا يملك الهبة. (٤٣)

قالوا : لو ملك ، لما انتزع منه. (٤٤)

قلنا : المشترى يملك الشقص (٤٥) وينتزع منه، (٤٦) والحربى يملك (٤٧) وينتزع منه. (٤٨)

---

(٤١) حيث يملك ان يهب للغير، دون العبد ، واذ لا يملك العبد أن يهب فقد دل ذلك على أنه لا يملك أصلا وان بالاذن لعدم أهليته للتملك .

(٤٢) أى مرض الموت ، فانه يملك بالبيع والشراء والاجارة ونحو ذلك لانتفاء التهمة عنه لانها معاوضات .

(٤٣) أى لا يملك أن يهب ، لكونه متهما فيها بتفويت المال على الورثة .
والمراد: اثبات بطلان العلة التى ذكروا فى منع العبد من التملك .

(٤٤) أى برجوع السيد عن الاذن لمبالملك . حيث يبطل تملكه بذلك .

(٤٥) أى المشفوع فيه .

(٤٦) أى لحق الشفيع .

(٤٧) أى فى غير ديار الاسلام .

(٤٨) أى فى ديار الاسلام ، لعدم الاعتراف بوجوده فيها ، اذ لا يعترف المسلمون فى ارضهم الا بالمسلم أو الذمى أو المعاهد أو المستأمن ، واما غيرهم كالحربى والمرتد وكذا الشيوعى ، فليس لهم الا السيف أو يتوبوا فاذا اهدرت دماؤهم وهى أخطر ، فأولى أن تهدر أموالهم وهى أهون من الدماء فى الحرمة .

والمراد: ابطال التلازم بين صحة الملك وعدم انتزاعه من المال ، اذ قد يملك ثم ينتزع منه كما فيما ذكره المصنف.

قالوا : لو لم يناف الرق الملك ، لما قطع استدامته[٤٩] .

قلنا : الردة تقطع استدامة[٥٠] الملك عندهم،[٥١] ولا تنافيه[٥٢] .

قالوا : لو ملك العبد لاشترى مولاه العبد،[٥٣] فيصير كل واحد منهما عبدا للآخر ، فيؤدي الى تناقض الاحكام ، لان كل واحد منهما يقتضي من الآخر حكم الملك من الاستخدام والانفاق .

قلنا : اذا اشترى مولاه[٥٤] بطل ملك مولاه عليه ، وصار[٥٥] هو مكان مولاه ،

---

(٤٩) أي لما أمكن للسيد قطع استدامة الملك ، بالرجوع عن الاذن للعبد فيه . أي والحال ان الرق يقطع استدامة الملك ، فدل على أنه ينافيه ، فصح ان العبد لا يتملك بالاذن له فيه .

(٥٠) سقط قوله : (قلنا : الردة تقطع استدامة) من نسخة ((ب)) .

(٥١) في مجمع الانهر جـ١ ص ٦٨٢ : ويزول ملكه أي المرتد بالردة عن ماله ، زوالا موقوفا ، الى أن يتبين حاله ، لانه ميت حكما ، والموت يزيل الملك عن الحي وهذا عند الامام ، وهو الصحيح . أهـ .

(٥٢) أي لا تنافي أصل الملك ، بدليل أنهم قالوا : ان ملكه يكون بعد ردته موقوفا الى أن يتبين حاله .
أنظر مجمع الانهر جـ١ ص ٦٨٢ .
أي فبطل قولهم ان الرق ينافي الملك ، لانه يؤدي الى التناقض بين حجتهم والمذهب عندهم .

(٥٣) أي لاشترى العبد مولاه اذا كان عبدا .

(٥٤) بأن كان مولاه مأذونا له بالملك ، فملك عبدا ، ثم اشترى هذا العبد مولاه .

(٥٥) في نسخة ((ب)) . فصار .

وصار مولاه مكانه ، فلا يؤدى الى التناقض ، (٥٦) ثم ان كان للتناقض (٥٧) وجب أن يبطل مايفضى الى التناقض (٥٨) ولا يبطل ماسواه ، (٥٩) كما اذا استأجر رجلا للخدمة ، ثم استأجرالأجير مستأجره للخدمة بطل الثانى ، لانه يؤدى الى التناقض ، ولا يبطل ماسواه من الاجارات. (٦٠)

* مسألة (١٧٤) : لا يجوز للمأذون اتخاذ الدعوة (١) واعارة الدواب. (٢) / ١٦٢ ى .

---

(٥٦) لعدم استواء حاليهما بذلك ، بل قد انقلب حالهما بالشراء فصار المالك مملوكا والمملوك مالكا ، فتنقلب احكامهما تبعا لذلك .

(٥٧) أى ان كان المانع من القول بصحة تلك العبد هو مايؤدى اليه من تناقض الأحكام .

(٥٨) وهو شراء العبد مولاه .

(٥٩) لانتفاء علة المنع منه فيه .

(٦٠) أى فيما عدا الاجارة للخدمة ، كما لو استأجره الاجير للزراعة ونحوها مما لا يتعلق بالقيام على الخدمة المباشرة لشخص المستأجر ، لانه اذا استأجره لخدمة شخصه فانه يدل على أنه عاجز عن خدمة غيره ، كما لو استأجره للطبخ والكنس ، فلا يصح أن يستأجره الاخر عليهما أيضا ، فان استأجره الاخر على زراعة أو صناعة أو بناء ونحو ذلك ، صحت الاجارة لعدم تضارب الأحكام فيها .

(١) الدعوة بفتح الدال المهملة ، فى الطعام ، اسم من دعوت الناس ، اذا طلبتهم ليأكلوا عندك ، تقول : نحن فى دعوة فلان ومدعاته ودعائه بمعنى . قال أبو عبيد : وهذا كلام أكثر العرب ، الا عدى الرباب ، فانهم يعكسون فيفتحون الدال في دعوى النسب ويكسرونها فى دعوة الطعام . أنظر المصباح جـ١ ص٢٠٨ . وقال فى مغنى المحتاج جـ٢ ص١٠٠ : وهى بتثليث الدال كما قال ابن مالك وفتحها أشهر . أهـ .

(٢) الوجيز جـ١ ص١٥١ . المنهاج ص٥٢ . قال : ولا يتصدق . أهـ قال الشربينى : ولو عبر بيتبرع كان أعم ، ليشمل الهبة والعارية وغيرهما =

وقال أبو حنيفة : يجوز.(٣)

لنا : هو أنه تبرع ،فلا يملك بغير اذن المولى ، كهبة الدراهم والدنانير.(٤)

= لانه ليس من أهل التبرع ولا يتخذ دعوة. أهـ مغنى المحتاج جـ٢ص١٠٠.

(٣) وفصل ابو يوسف فقال : اذا أعطاه المولى قوت يومه فدعا بعض رفقائه على ذلك الطعام جاز بخلاف ما اذا أعطاه قوت شهر ،لانهم لو أكلوه قبل الشهر يتضرر به المولى .

أنظر: الهداية جـ٨ ص ٢٢١. التبيين جـ٥ ص ٢٠٨. مجمع الانهر: جـ٢ ص ٤٤٨.

وبجوازه يقول الحنابلة : شرح المنتهى جـ٢ ص ٢٩٩. كشاف القناع جـ٣ ص ٤٤٨. المحرر جـ١ ص ٣٤٨.

وذهب المالكية الى أن للمأذون أن يضيف ان استألف به للتجارة ، وفى الاعارة خلاف .

أنظر: الشرح الصغير جـ٢ ص ١٤٣. وقال فى البلغة عليه: الصقلى عن محمد : لا بأس ان يعير دابته للمكان القريب . أهـ. وأثبت فى الشرح الكبير جواز الضيافة والاعارة ،

لكن قال الدسوقى : والمنع منها - أى الاعارة - ولو للاستئلاف هو الصواب . أهـ .

حاشية الدسوقى جـ٣ ص ٣٠٤. وذكر الخلاف أيضا فى شرح المنح جـ٣ص١٨٩ لكنه لم يرجح شيئا .

وبجواز صدقة العبد وهبته وبيعه وشرائه كالحر ، يقول ابن حزم: المحلى جـ٩ ص٢٤٢.

(٤) حيث لا يجوز للعبد التبرع بها بلا اذن المولى .

بجامع ان كلا عقد تبرع ، اما الاصل فهو هبة الدنانير والدراهم. واما الفرع فهو اتخاذ الدعوة واعارة الدواب .

ولما كان حكم الاصل تحريم هبته الدراهم والدنانير ،كان حكم الفرع كذلك فلا يجوز اعارته الدواب واتخاذه الدعوة أيضا لذلك .

قالوا : روى ابراهيم (٥) أن النبى صلى الله عليه وسلم كان يركب الحمار ويجيب دعوة العبد . (٦)

قلنا : هو مرسل (٧) ، ثم هو يضمر (٨) : اذا اذن له فى التجارة (٩) ، ونحن

---

(٥) هو ابن يزيد النخعى . أنظر ترجمته فى المسألة رقم (١٠٣) هامش (١٩) .

(٦) لم أعثر عليه .

لكن روى ابن ماجه عن أنس بن مالك أنه قال : كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يجيب دعوة المملوك .

وسنده : حدثنا محمد بن الصباح . ثنا سفيان ، ح ، وحدثنا عمرو ابن نافع ثنا جرير عن مسلم الملائى عن أنس .

أنظر ابن ماجه جـ٢ ص ٧٧٠ كتاب التجارات ، باب ما للعبد أن يعطى ويتصدق . رقم/ ٢٢٩٦

وقال ابن حزم : وقد صح ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يجيب دعوة المملوك ، فلو لم يكن مالكا لماله لم يجب عليه السلام دعوته ، وقد قبل هدية سلمان وهو مملوك واكلها عليه السلام . أهـ المحلى : جـ٩ ص ٢٤٥ .

(٧) حيث قد سقط منه الصحابى ، فان ابراهيم النخعى من كبار التابعين ، وقد روى ذلك عن النبى صلى الله عليه وسلم .

أى والمرسل ، لا يحتج به عندنا الا بشروط خمسة : ان عضد باسناد أو ارسال مع اختلاف الشيوخ من المرسلين ، أو قول صحابى أو أكثر العلماء أو عرف المرسل انه لا يرسل الا عن ثقة مع كون المرسل أحد كبار التابعين . أنظر تيسير التحرير جـ٣ ص ١٠٢ .

(٨) فى نسخة ((ب)) : ثم انتم تضمرون . / والضمير فى (هو) يعود الى أبى حنيفة .

(٩) أى ان المقصود فى الحديث هو أن النبى صلى الله عليه وسلم يجيب دعوة المملوك ، اذا كان مأذونا له فى التجارة ، والا فلا يجيب ، لانه محجور عليه لا يملك ان يتصرف فى مال سيده الا باذنه . فاذا اذن له فى التجارة فقد اذن له بالدعوة ضمنا .

نضمر : اذا اذن له فى الدعوة.(١٠)

قالوا : قد جرت العادة به(١١)، فهو كالكسرة تتصدق بها الزوجة من بيت الزوج.(١٢)

قلنا : عادة الجهال(١٣) لا يثبت بها الشرع(١٤)، واما الزوجة فلا يجوز لها أن تتصدق بشئ من ماله بغير اذنه.(١٥)

* مسألة (١٧٥) : اذا رأى عبده يبيع ويشترى فسكت لم يصر مأذونا.(١) / ١٦٢ ى.

---

(١٠) أى بخصوصها ، فتستثنى من عموم المنع من التصرف فى ملك السيد للاذن بها.

(١١) أى بقيام العبيد بالدعوة وبالاجارة اذا كانوا مأذونا لهم بالتجارة، أى والعادة معتبرة فى الشرع ، مالم تناقض نصا ، بل قد أيدها القياس الذى سيذكرونه.

(١٢) حيث يجوز لها ذلك ، دون اذن الزوج.
بجامع جريان العادة به فى كل من الاصل وهو تصدق المرأة من بيت زوجها بالشئ اليسير والفرع وهو اتخاذ العبد المأذون له الدعوة واجارة الدواب.
ولما كان حكم الاصل جواز ذلك من المرأة ، كان حكم الفرع كذلك فيجوز للعبد اتخاذ الدعوة واجارة الدواب أيضا لذلك.

(١٣) وهم العبيد المأذون لهم الذين جرت عادتهم باتخاذ الدعوة واجارة الدواب.

(١٤) لانها غير مستندة الى دليل من أدلة الشرع المعتبرة.

(١٥) فى نسخة ((ب)) : فلا يجوز لها أن تتصدق بشئ بغير أمر الزوج.

(١) الوجيز جـ١ ص ١٥٢ . فتح العزيز جـ٩ ص ١٢٥ . المنهاج ص٥٢.
وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى جـ٢ ص ٢٩٨ . كشاف القناع جـ٣ص ٤٤٦ ،
المغنى جـ٥ ص٦١ وبه يقول المالكية . القوانين ص ٣١٨.

وقال أبو حنيفة : يصير مأذونا [٢] .

لنا : هو انه عقد [٣] فلم يكن سكوت [٤] المولى عنه اذنا [٥] له فيه ، كالنكاح [٦] ،

ولانه تصرف يملك عزله عنه فلم يصر مأذونا له بالسكوت عنه ، كتصرف الوكيل [٧]

---

(٢) سقط قوله (مأذونا) من نسخة ((ب)) /. ولا فرق بين أن يبيع عينا مملوكا للمولى أو لغيره ، باذنه أو بغير اذنه ، بيعا صحيحا أو فاسدا .
وقيل : اذا رأى عبده يبيع عينا من أعيان المالك فسكت لم يكن اذنا .
وخالف زفر فلم يعتبره اذنا بحال .
أنظر المسألة في : الهداية جـ٨ ص ٢١٤ . التبيين جـ٥ ص ٢٠٤ . مجمع الأنهر جـ٢ ص ٤٤٦ .
واما ابن حزم فلا يحجر على العبد أصلا لا في بيع ولا شراء ولا ملك ولا غير ذلك من التصرفات المالية ، فلا يحتاج العبد الى اذن السيد في التصرف في مال نفسه لذلك ، أنظر المحلى جـ٩ ص ١٧٠ .

(٣) أي البيع والشراء .

(٤) في نسخة ((ب)) : لنا : انه عبد ./ وما في الاصل أولى .

(٥) في نسخة ((ب)) : فلم يكن سكوت المولى عنه في التجارة اذنا له فيه .

(٦) حيث اذا رأى عبده يتزوج وسكت لا يصير به مأذونا له به .
بجامع ان كلا عقد ، اما الاصل فهو النكاح واما الفرع فهو البيع والشراء .
ولما كان حكم الاصل عدم اعتبار سكوته عنه اذنا له فيه ، كان حكم الفرع كذلك فلا يكون العبد بسكوت السيد عنه في بيعه وشرائه مأذونا له في التجارة أيضا لذلك .

(٧) حيث لا يصير بسكوت الموكل عنه في البيع والشراء فيما لم يوكله فيه توكيلا له فيه بجامع امتلاك العزل عنه في كل من الاصل وهو تصرف الوكيل والفرع وهو تصرف العبد .
ولما كان حكم الاصل عدم صيرورة الوكيل مأذونا له بالسكوت عنه ، كان حكم الفرع كذلك فلا يصير العبد مأذونا له بالسكوت عنه اذا باع واشترى أيضا لذلك .

ولانه لو كان ذلك اذنا لصح العقد المسكوت عنه.(٨) ولانه لو قال:(٩) اتجر أولا ؟ فسكت لم يصر مأذونا ،فكذلك اذا راه يتجر.(١٠)

قالوا : تصرفه فى حق نفسه ،(١١) وانما تعلق به(١٢) حق الغير فسقط بالسكوت كالرد بالعيب والشفعة ،(١٣) والدليل على الوصف(١٤) انه لا يرجع بالعهدة(١٥) على المولى ،ولو كان تصرفه للمولى لرجع عليه ،كالوكيل والمضارب.(١٦)

---

(٨) أى والحال انه لا يصح مالم يأذن به السيد اذنا صريحا .

(٩) أى لو قال العبد لسيده على جهة الاستفهام : أتجر أولا أتجر؟ .

(١٠) أى فلا يصير سكوته عنه اذا رآه يتجر اذنا له بالتجارة .

(١١) بدليل ضمانه عهدة المبيع ، كما سيذكره المصنف قريبا .

(١٢) فى نسخة ((ب)) : وانما يتعلق . / أى ان الاصل تصرفه فى حق نفسه ، اما حق الغير فتبع فيسقط بالسكوت لضعفه بالتبعية .

(١٣) حيث يعتبر سكوت المشترى على المعيب فى السلعة اذا رآه ، وسكوت الشفيع عن حقه فى الشفعة اذا علم بالبيع اذنا منهما بامضاء العقد .
بجامع ان كلا تصرف فى حق نفسه مع تعلق حق الغير به ، اما الاصل فهو الرد بالعيب ، والشفعة ، واما الفرع فهو تصرف العبد بالبيع والشراء مع رؤية السيد وسكوته .
ولما كان حكم الاصل سقوط حق المشترى والشفيع بالسكوت بعد العلم بالعيب والبيع ، كان حكم الفرع كذلك فيسقط حق السيد بسكوته ويصير العبد مأذونا له به أيضا لذلك .

(١٤) وهو ان تصرف العبد كان تصرفا فى حق نفسه مع تعلق حق الغير به .

(١٥) أى بضمان ثمن المبيع مدة الخيار أو الرد بالعيب .

(١٦) حيث يرجعان بعهدة المبيع على الموكل ورب مال المضاربة ، لانهما يتصرفان لهما لا لانفسهما .

قلنا : بل تصرفه لمولاه ، لانه عبد لا يملك شيئا ، ولان[17] ما يشتريه بدل مادفع اليه المولى[18]، فكان له[19]، ولانه لو اشترى من يعتق على مولاه لم يصح عندنا[20]، وعندهم يدخل في ملك المولى ويعتق عليه[21]، وانما لا يرجع عليه[22] لانه جعل قضاء ديونه[23] مما يتجر فيه[24]، والوكيل يرجع[25]، لانه لم يأذن له في التجارة[26]، وانما اذن له في الشراء دون البيع[27]، والمضارب

---

(١٧) في الاصل : ولانه ./ أي الشأن ان ما يشتريه ... الخ . وما أثبتناه من نسخة ((ب)) .

(١٨) أي من المال .

(١٩) أي فكان تصرف العبد للمولى دونه .
وقد سقط قوله (فكان له) من نسخة ((ب)) .

(٢٠) أي فدل على أنه يتصرف لمولاه ، لا لنفسه .
وأنظر المنهاج ص ٥٢ .

(٢١) أنظر التبيين جـ٤ ص ٢٥٦ .
أي فدل على أنه لا يتصرف لنفسه بل لمولاه ، ولولا ذلك لما دخل في ملك المولى وعتق عليه .

(٢٢) أي على المولى بالعهدة .

(٢٣) أي ديون السيد المترتبة على اتجار العبد بماله .

(٢٤) أي العبد .

(٢٥) أي بعهدة المبيع على الموكل .

(٢٦) أي بيعا وشراء .

(٢٧) أي فكان ضمان العهدة على الموكل دونه لذلك ، أي وهذا بخلاف الفرع المقيس وهو العبد اذا باع واشترى وقد رآه السيد فسكت . فلا يصح قياسه على الوكيل للفارق المذكور .

اذا هلك (٢٨) في يده ، صار ما اشتراه ، لنفسه ، ولزمه الثمن (٢٩) ، (٣٠) فلم يرجع به في أحد الوجهين (٣١) ، ثم يبطل بالراهن ، فان تصرفه لنفسه ، وانما تعلق به حق المرتهن ثم لا يكفي السكوت (٣٢) ، والرد بالعيب والشفعة حق على الفور ، فسقط بترك المطالبة (٣٣) وهذا (٣٤) توكيل في التصرف ، ولهذا يعمل فيه النهي (٣٥) ، فلم يصح بالسكوت (٣٦) ، ولان السكوت في الأصل (٣٧) يعمل فيما سكت عنه (٣٨) ، وها هنا (٣٩) لا يعمل فيما سكت عنه من العقد .

---

(٢٨) أي المبيع .

(٢٩) لانه مفرط في حفظه من التلف .

(٣٠) في نسخة ((ب)) : ولم يرجع به . / أي بثمن المبيع الهالك على رب المال المضاربة .

(٣١) أنظر فتح العزيز جـ٩ ص ١٣٥ .

(٣٢) أي لا يكفي سكوت المرتهن عن الراهن اذا رآه يبيع المرهون ، حيث لا يعتبر ذلك منه اذنا للراهن ببيعه مع كون الراهن تصرف في حق نفسه وانما تعلق به حق المرتهن .
والمراد: ابطال علة القياس التي ذكروا باثبات وجودها في الراهن مع تخلف حكمها عنه .

(٣٣) أي ولا كذلك الفرع المقيس وهو تصرف العبد مع رؤية السيد له وسكوته عنه ، لما سيذكره المصنف الآن .

(٣٤) أي الاذن للعبد بالتصرف .

(٣٥) سقطت كلمة (النهي) من نسخة ((ب)) . / أي فلو نهاه السيد اذا رآه يتصرف لبطل تصرفه قطعا .

(٣٦) لضعفه عن الدلالة على الرضا بتصرف العبد .

(٣٧) وهو المقيس عليه في قياسهم . أعني الوكيل والمضارب .

(٣٨) أي من تصرفات الوكيل والمضارب .

(٣٩) أي في مسألة سكوت السيد عن تصرفات العبد اذا رآه .

قالوا : رأى ماله يتناول مالم يرض (٤٠) مالكه به بغير عوض ، فاذا لم يزجره وجب عليه ضمانه ، كما لو رأى دابته تأكل زرع غيره. (٤١)

قلنا : يبطل بمن رأى عبده يتزوج ، ولم يزجره ، فانه لا يلزمه المهر. (٤٢)

ثم الزرع يلزمه ضمان ماسكت عنه ، وهاهنا (٤٣) لا يلزمه ضمان ماسكت عنه. (٤٤)

* مسألة (١٧٦) : اذا اذن له في التجارة (١) في نوع لم يصر مأذونا في غيره. (٢) / ١٦٢ ش.

وقال أبو حنيفة : يصير. (٣)

---

(٤٠) في نسخة ((ب)) : يتناول مالا لم يرض مالكه بغير عوض.

(٤١) حيث يجب عليه ضمان ذلك الزرع لسكوته عنها .

بجامع السكوت عن تناول مال الغير بغير رضاه به بدون عوض، اما الأصل فما لو رأى دابته تأكل زرع غيره ، واما الفرع فما لو رأى عبده يتجر وسكت عنه .

ولما كان حكم الاصل وجوب الضمان عليه به ، كان حكم الفرع كذلك فيصير العبد مأذونا له بالسكوت عنه أيضا لذلك .

(٤٢) أي السيد .

(٤٣) أي في اتجار العبد .

(٤٤) أي فبطل قياس أحدهما على الآخر للفارق المذكور بينهما .

(١) في نسخة ((ب)) : بالتجارة .

(٢) الوجيز جـ١ ص ١٥١ . المنهاج ص ٥٢ .

وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى جـ٢ ص ٢٩٦ . كشاف القناع جـ٣ ص ٤٤٥ . المغني جـ٥ ص ٦١ .

(٣) خلافا لزفر.

أنظر: الهداية جـ٨ ص ٢١٧ . التبيين جـ٥ ص ٢٠٥ . مجمع الانهر جـ٢ ص ٤٤٦ .

وهو قول المالكية : الخرشي جـ٥ ص ٣٠١ . الشرح الكبير جـ٣ ص ٣٠٤ . =

لنا : انما استفاد التجارة بالاذن ، فلم يصر بالاذن الخاص فأذونا له (٤) في التجارة فيما لم يؤذن فيه ، كالوكيل والمضارب (٥) ، ولانه عقد (٦) لم يتناوله الاذن فلا يملكه من جهة الاذن (٧) ، كالنكاح والكتابة (٨) ، ولانه عقد ليس

= شرح المنح جـ٢ ص١٨٧ . وقد قيده بعضهم فيما اذا لم يشتهر انه اذن له في النوع الفلاني والا فلا يتعداه . ورجح الدسوقي الاطلاق . أنظر حاشية الدسوقي جـ٣ ص ٣٠٤ .

ولم أقف على قول ابن حزم في هذه المسألة صريحا . ولكنه يذهب الى صحة تملك العبد وانه يفعل في ملكه ما يشاء" واذا أراد السيد منعه من التصرف في مال السيد فليعلن بانتزاعه منه . ولا يجوز للعبد حينئذ تصرف في شئ منه ، وذلك يفيد ان الاذن بالتصرف مقصور على ما يجيزه السيد والله أعلم . أنظر المحلى جـ٩ ص ١٧٠ .

(٤) سقط قوله (له) من نسخة ((ب)) .

(٥) حيث لا يكون مأذونا لهما فيما لم يؤذن لهما فيه .

بجامع استفادة التصرف بالاذن في كل من الاصل وهو الوكيل والمضارب ، والفرع وهو العبد المأذون له بنوع من التجارة .

ولما كان حكم الاصل عدم جواز التوكل والمضاربة فيما لم يؤذن لهما فيه ، كان حكم الفرع كذلك ، فلا يكون العبد مأذونا له فيما لم يؤذن له فيه أيضا لذلك .

(٦) أي التجارة فيما لم يؤذن له فيه .

(٧) أي من جهة الاذن الخاص .

(٨) حيث لا يجوز له النكاح ولا الكتابة اذا اذن له بنوع من التجارة .

بجامع ان كلا عقد لم يتناوله الاذن ، اما الاصل فهو النكاح والكتابة ، واما الفرع فهو العبد المأذون له بنوع من التجارة .

ولما كان حكم الاصل عدم جواز نكاح العبد وكتابته بالاذن له في نوع من التجارة كان حكم الفرع كذلك فلا يجوز له التصرف بالتجارة في غير النوع الذي اذن له فيه ، أيضا لذلك .

بمأذون فيه ، ولا من مصلحة المأذون [٩] ، فلم يملكه ، كما لو اذن له فى شراء الخبز ، أو ثوب يقطعه. [١٠]

قالوا [١١] : تصرفه لنفسه ، وانما للمولى حق الحجر ، فاذا اذن زال الحجر ، وانطلق فى التصرف ، كالصبى اذا بلغ [١٢] ، والبائع اذا اذن للمشترى ، والشفيع اذا اذن للمشترى [١٣] ،

---

(٩) لان فائدة تطييب عائدة عليه هو ، بل لسيده ، لكونه يتجر له فى ماله باذنه .

(١٠) أى ليخيطه له ، وهو ما يعرف بتفصيل الثياب الان .

وقد سقط قوله (أو ثوب يقطعه) من نسخة ((ب)) . وفى الاصل بقطعة . / بموحدة من تحت . والصواب بمثناة .

حيث لا يجوز له أن يشترى له غير الخبز وغير الثوب .

بجامع ان كلا عقد غير مأذون فيه ولا من مصلحة المأذون ، اما الاصل فهو شراء غير الخبز أو الثوب المأذون له بشرائه ، واما الفرع فالاتجار بغير النوع المأذون له فيه ،

ولما كان حكم الاصل عدم صحة تصرف العبد فيه . كان حكم الفرع كذلك فلا يجوز للسيد الاتجار فى غير النوع المأذون له فيه أيضا لذلك .

(١١) فى نسخة ((ب)) : قالوا : اذا اذن زال الحجر . الخ . باسقاط جملتين قبلها كما سترى فى الاصل .

(١٢) حيث يزول عنه الحجر ، ويصير مطلق التصرف .

(١٣) حيث يجوز لهما بعدئذ التصرف المطلق فى المبيع .

بجامع ان كلا يتصرف لنفسه ، اما الاصل فهو الصبى اذا بلغ والبائع والشفيع اذا اذنا للمشترى ، واما الفرع فهو السيد اذا اذن للعبد فى نوع من البيع .

ولما كان حكم الاصل زوال الحجر مطلقا بالاذن ، كان حكم الفرع كذلك فيزول الحجر عن العبد مطلقا بالاذن بالتجارة وان كان الاذن بنوع واحد أيضا لذلك .

قلنا : بل تصرفه لمولاه ، ويخالف ما قاسوا عليه ، فان الملك لهـــم[(١٤)] ، وانما منعوا لحق الغير[(١٥)] ، فاذا زال الحق[(١٦)] ملكوا التصرف بحق الملك ، ولهذا يملكون جميع التصرفات وهاهنا[(١٧)] لا يملك النكاح ولا الكتابة[(١٨)] ولا الصلـــح عن دم العمد[(١٩)] ، ولان هناك[(٢٠)] لا يعمل النهي بعد ذلك . وهاهنا[(٢١)] يعمـــل النهي فيه[(٢٢)] ، فدل على أنه توكيل[(٢٣)] .

قالوا : اذا[(٢٤)] اذن في شراء البر ، تناول الشراء بالاثمان والمكيـــل والموزون ، فكان الاذن فيه اذنا في تحصيل هذه الأعواض ، كالاذن في النكـــاح[(٢٥)] ،

---

(١٤) أي للصبي اذا بلغ والمشتري والشفيع اذا اذن لهما بالملك .

(١٥) وهو ولي الصبي قبل البلوغ ، والبائع وصاحب الشقص المبيع .

(١٦) ببلوغ الصبي وبالاذن للمشتري .

(١٧) أي في العبد المأذون له بنوع من التجارة .

(١٨) في نسخة ((ب)) : ولا الكتاب . / وقد سقطت تاء التأنيث سهوا من الناسخ .

(١٩) في نسخة ((ب)) : ولا الصلح عن دم العقد ، فلم يملك غير ماملك . /وهو خطأ .

(٢٠) أي في الصبي بعد البلوغ والمشتري والشفيع بعد الاذن .

(٢١) أي في العبد المأذون له بنوع من التجارة .

(٢٢) لانه لا زال محجورا عليه فيما لم يؤذن له فيه . أي فاختلف الفرع والاصـــل فيبطل به قياسهم المذكور .

(٢٣) أي والوكيل لا يتصرف في غير ما اذن له به الموكل .

(٢٤) سقط حرف (اذا) من نسخة ((ب)) .

(٢٥) أي كما لو اذن للعبد في النكاح ، فانه يكون قد اذن له ضمنا في اكتساب المهر والنفقة ، لانهما من مستلزمات النكاح .

بجامع ان الاذن بالشئ اذن بلازمه معه في كل من الاصل وهو الاذن في النكاح والفرع وهو الاذن بالتجارة في نوع معين .

اذ ن في اكتساب المهر والنفقة .

قلنا : لا نسلم ، (٢٦) بل الاذ ن في الشراء يقتضي الشراء (٢٧) بالاثمان (٢٨) ، ويخالف المهر والنفقة ، (٢٩) فان ذاك (٣٠) من ضرورة النكاح ومصلحته ، (٣١) فدخل في الاذ ن فيه . (٣٢)

* مسألة (١٧٧) : لا يجوز للمأذون أن يؤجر نفسه . (١) / ١٦٢ ش .

= ولما كان حكم الاصل هو ان الاذ ن بالنكاح اذ ن باكتساب المهر والنفقة كان حكم الفرع كذلك فيكون الاذ ن بنوع من التجارة اذ ن في كل نوع أيضا لذلك .

(٢٦) أي لا نسلم ان الاذ ن بشراء البر يتناول الاذ ن بالشراء بالمكيل والموزون .

(٢٧) في الاصل : الشرى . / بالقصر .

(٢٨) أي فقط دون المكيل والموزون .

(٢٩) أي حيث الاذ ن بالنكاح يستلزم الاذ ن بهما .

(٣٠) في نسخة ((ب)) : ذلك . / أي المهر والنفقة .

(٣١) أي ولا كذلك الشراء بالمكيل والموزون حيث لا يقتضيه الاذ ن بشراء البر .

(٣٢) أي ولا كذلك الاذ ن بشراء البر ، فثبت الفارق بين الاصل والفرع في قياسهم الاذ ن بشراء البر على الاذ ن بالنكاح ، والقياس مع الفارق باطل .

(١) أي فيما اذا اذ ن له سيده أو ولي الصبي بالتجارة .
الوجيز جـ١ ص ١٥١ . المنهاج ص ٥٢ . وقد ذكر الرافعي عن الحليمي حكاية وجه انه يملك مؤاجرة نفسه . أنظر فتح العزيز جـ٩ ص ١٢١ .
وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى جـ٢ ص ٢٩٧ . كشاف القناع جـ٣ ص ٤٤ .
المغني جـ٥ ص ٦١ .

وقال أبو حنيفة : يجوز.(٢)

لنا : انه عقد على منفعته فلا يملكه بالاذن فى التجارة ، كالنكاح(٣) ، ولانه(٤) معاوضة تتعلق بنفسه ، فأشبه بيع رقبته(٥) ، ولان الاجارة ليست من التجارة(٦)،

---

(٢) الهداية جـ٨ ص ٢١٧ . التبيين جـ ٥ ص ٢٠٧ . مجمع الانهر جـ٢ص٤٤٧ .
والیه ذهب المالكية ، لانهم اجازوا للمأذون ان يقارض أو أن يدفع المال لمن يعمل به ، هذا فى المشهور عندهم ، وخالف فى ذلك سحنون واشهب فمنعاه .
أنظر : الخرشي جـ٥ ص ٣٠٢ . الشرح الكبير جـ٣ ص ٣٠٤ . شرح المنح جـ٣ ص ١٨٩ .
ولم أقف على قول ابن حزم فى هذه المسألة صريحا ، لكنه اجاز له البيع، والاجارة بيع المنافع ، فان صح لنا ذلك فهو قائل بالجواز كأبى حنيفة والله أعلم . أنظر المحلى جـ٩ ص ٢٤٢ .

(٣) حيث لا يملكه العبد بالاذن له فى التجارة .
بجامع ان كلا عقد على منفعة ، اما الاصل فالنكاح واما الفرع فالاجارة.
ولما كان حكم الاصل عدم جواز عقد النكاح بالاذن له بالتجارة ، كان حكم الفرع كذلك فلا يملك اجارة نفسه بالاذن له بالتجارة أيضا لذلك .

(٤) أى عقد الاجارة .

(٥) حيث لا يجوز له بيعها بالاذن له بالتجارة .
بجامع ان كلا عقد معاوضة تتعلق بنفسه ، اما الاصل فبيع نفسه ، واما الفرع فاجارتها . ولما كان حكم الاصل عدم جواز بيع العبد نفسه بالاذن له بالتجارة كان حكم الفرع كذلك فلا يملك اجارة نفسه بالاذن له بها أيضا لذلك .

(٦) أى فلا تدخل فيها بالاذن له بها .

ولهذا لا يسمى المكارى (٧) تاجرا ،فأشبه النكاح (٨).

قالوا : يملك (٩) اجارة العبد (١٠)، فملك اجارة نفسه ،كالحر والمكاتب. (١١)

قلنا : لانسلم الوصف (١٢) فى أحد الوجهين (١٣)، ثم يملك بيع عبيده (١٤)، ولا يملك بيع نفسه (١٥).

---

(٧) على وزن منادى باسم الفاعل ،مخفف ،والجمع مكارون ،رفعا .وينصب ويجر بياء واحدة ،فلا تقل : مكاريين بالتشديد ،واذا اضفت الى نفسك تقول : هذا مكارى ،بضم الميم وكسر الراء المهملة وتشديد الياء المفتوحة ،ومثله تقول فى الجمع، هؤلاء مكارى . بياء مفتوحة مشددة فيهما بلا فرق ، أنظر المختار ص ٥٦٩.

(٨) حيث لا يدخل فى الاذن للعبد بالتجارة ،لانه ليس منها .
بجامع ان كلا ليس من التجارة ،اما الاصل فالنكاح واما الفرع فالاجارة.
ولما كان حكم الاصل عدم دخوله فى الاذن له بالتجارة ،كان حكم الفرع كذلك فلا تدخل الاجارة فى الاذن له بالتجارة أيضا لذلك .

(٩) فاعل يملك هو العبد المأذون له بالتجارة .

(١٠) أى الذى دخل فى ملكه بالتجارة المأذون له فيها .

(١١) حيث يملكان اجارة نفسيهما .
بجامع ان كلا يملك اجارة العبد ، اما الاصل فهو الحر والمكاتب ،واما الفرع فهو العبد المأذون له بالتجارة.
ولما كان حكم الاصل ملك الحر والمكاتب اجارة نفسيهما ،كان حكم الفرع كذلك فيملك المأذون اجارة نفسه أيضا لذلك .

(١٢) وهو أن المأذون له بالتجارة يملك اجارة عبده .

(١٣) قال الرافعى : أصحهما : نعم ،لان التجار قد يعتادون ذلك ولان المنفعة من فوائد المال فيملك العقد عليها كالصوف واللبن .أهـ فتح العزيز جـ٩ص١٢٢.

(١٤) لانه مأذون له بالتجارة ،وبيع عبيده تجارة ،فصح منه ذلك .

(١٥) أى مع كونه عبدا ،فلو جاز له بيع منافع نفسه بالاجارة ،لجاز له بيع نفسه أيضا ، والحال انه لا يجوز له بيع نفسه قطعا لان الاذن له بالتجارة لا يتناول التصرف فى نفسه ،فلا يجوز له اجارتها أيضا لذلك .

* مسألة (١٧٨) : اذا اشترى من (١) يعتق على مولاه لم يصح الشراء في أحد القولين (٢) . / ١٦٣ ى .

وقال أبو حنيفة : يصح (٣) .

لنا : هو انه يتصرف لغيره باذن مطلق ، فلا يشترى من يعتق عليه ، كالمضارب (٤) .

---

(١) في نسخة ((ب)) : ممن .

(٢) ذكر القليوبي جـ٢ ص ٢٤٣ القول بصحة الشراء وانه يعتق على الموكل ، ولم يذكر القول الثاني ، وذكرهما في مغني المحتاج جـ٤ ص ٥٠١ معا ، وان القول بعدم صحته هو الأصح ، اتباعا للمصنف في التنبيه ص ٨٢ . وجعله في المهذب جـ١ ص ٣٩٠ هو الصحيح .
وهو قول المالكية : الشرح الكبير جـ٣ ص ٣٨٨ . الجواهر جـ٢ ص ١٢٨ . شرح المنح جـ٣ ص ٣٧٤ . والمأذون كالوكيل ، ومحل المنع اذا علم الوكيل عتقه على الموكل ، ومالم يعينه الموكل أيضا فيعتق على الوكيل في الأصح . والا عتق على الموكل .

(٣) أي ويعتق على المولى ، ومثله الوكيل ، أنظر التبيين جـ٤ ص ٢٠٦ . مجمع الأنهر جـ٢ ص ٢٢٥ . بدائع جـ٤ ص ٥٧ .
ومحله: مالم يكن على المأذون دين مستغرق ، والا لم يعتق عند أبي حنيفة خلافا للصاحبين .
وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى جـ٢ ص ٢٩٧ . كشاف القناع جـ٣ ص ٤٤٦ .
وقد ذكر في المحرر جـ١ ص ٣٤٨ رواية أخرى انه لا يصح .
ولم أقف على قول ابن حزم في ذلك .

(٤) حيث لا يجوز له شراء من يعتق على رب المال .
بجامع ان كلا يتصرف لغيره باذن مطلق ، اما الاصل فهو المضارب ، واما الفرع فهو المأذون له بالتجارة .
ولما كان حكم الاصل بطلان شرائه من يعتق على رب المال ، كان حكم الفرع كذلك فيبطل شراء المأذون له من يعتق على سيده أيضا لذلك .

قالوا : يتجر باذن المولى ، فجاز له أن يشترى ابا مولاه ،كالمكاتب .(٥)

قلنا : ذاك(٦) يتصرف لنفسه ، ولهذا لا يدخل فى ملك المولى(٧)، وهذا بخلافه .(٨)

* مسألة (١٧٩) : اذا ابق المأذون(١) لم يصر محجوراً .(٢) /١٦٣ ى .

---

(٥) حيث يجوز له شراء أبى مولاه أيضا .
بجامع الاتجار باذن المولى فى كل من الاصل وهو المكاتب ، والفرع وهو المأذون له ، ولما كان حكم الاصل صحة شراء المكاتب أبا مولاه ، كان حكم الفرع كذلك فيجوز للمأذون شراء من يعتق على سيده أيضا لذلك .

(٦) أى المكاتب .

(٧) بدليل انه لا يجوز له بيع المكاتب .

(٨) اذ هو أى المأذون داخل فى ملك المكاتب ، لانه مازال عبدا الا أنه مأذون له .
أى وهذا فارق بين الاصل والفرع فى قياسهم المأذون على المكاتب ، والقياس مع الفارق باطل .

(١) فى نسخة ((ب)) : المأذون له .

(٢) الوجيز جـ ١ ص ١٥٢ . المنهاج ص ٥٢ .

وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى جـ ٢ ص ٢٩٨ . كشاف القناع جـ٣ ص ٤٤٨
المغنى جـ ٥ ص ٦٢ .
ويشبه أن يكون هذا قول ابن حزم أيضا ، فقد قال : والعبد فى جواز صدقته وهبته وبيعه وشرائه كالحر ، والامة كالحرة مالم ينتزع سيدهما مالهما . أهـ
المحلى جـ ٩ ص ٢٤٢ . والابق لم ينتزع السيد منه ماله صراحة فبقى على الاذن . والله أعلم .

وقال أبو حنيفة : يصير محجورا .(٣)

لنا : انه تصرف بملكه قبل الاباق ، فلا يسقط بالاباق ، كطلاق المرأة واكتساب المهر والنفقة(٤)

قالوا : معنى(٥) يزيل الولاية عنه في البيع والاجارة ، فأبطل الاذن ، كالبيع والموت .(٦)

---

(٣) الهداية جـ٨ ص٢٢٧ . وفي التبيين جـ٥ ص ٢٢١ : وقال زفر : لا يكون محجورا عليه بالاباق . أهـ

وأفاد ذلك أيضا في مجمع الانهر جـ٢ ص ٤٥٠ .

ولم أقف على قول المالكية .

(٤) حيث لا يصير المأذون له محجورا عليه اذا طلق امرأته أو عمل على اكتساب النفقة والمهر للنكاح .

بجامع التصرف في الملك في كل من الاصل وهو مالو طلق المأذون له أو عمل على اكتساب النفقة والمهر ، والفرع وهو مالو ابق العبد المأذون له .

ولما كان حكم الاصل عدم عود الحجر عليه ، كان حكم الفرع كذلك فلا يحجر على المأذون الابق أيضا لذلك .

(٥) أي الاباق معنى يزيل ... الخ .

(٦) حيث يزول به الاذن له بالتجارة .

بجامع ان كلا معنى تزول به الولاية في البيع والاجارة ، اما الاصل فالبيع والموت . واما الفرع فالاباق .

ولما كان حكم الاصل بطلان الاذن به ، كان حكم الفرع كذلك فيبطل الاذن بالاباق أيضا لذلك ، ويصير المأذون محجورا عليه به .

قلنا : لا يزيل (٧) الولاية ، الا ترى انه يملك عتقه وبيعه واجارته ممن يقدر عليه (٨)، ويملك عندهم أن يهبه من ابنه (٩)، والمعنى في الاصل (١٠) انه يزيل الملك (١١)، وهذا (١٢) بخلافه (١٣).

قالوا : لا يقدر على ايفاء ديونه من كسبه (١٤)، فأشبه اذا باعه (١٥).

---

(٧) أى الاباق .

(٨) أى ممن يقدر على الاتيان به بعد اباقه ، لانه عندئذ يصير فى حكم الكائن تحت اليد .

(٩) أنظر بدر المتقى جـ٢ ص ٥٨ .

(١٠) وهو ان الاباق معنى تزول به الولاية فى البيع والموت .

(١١) أى والولاية تابعة للملك ، فتزول بزواله وذلك فيما اذا ابق العبد .

(١٢) أى اباق المأذون له .

(١٣) فان الملك لا يزول عنه بالاباق .
أى وهذا فارق بين الاصل والفرع فى قياسهم باق المأذون على اباق غير المأذون له .
والقياس مع الفارق باطل .

(١٤) أى فى حال اباقه ، أى فيما اذا ترتب على العبد المأذون ديون فى تجارته .

(١٥) حيث يزول عنه به الاذن له بالتجارة ويصير محجورا عليه عند المشترى .
بجامع عدم القدرة على ايفاء ديونه من كسبه فى كل من الاصل وهو ما اذا بيع المأذون والفرع وهو ما اذا ابق .
ولما كان حكم الاصل زوال الاذن له بالتجارة اذا باعه سيده ، كان حكم الفرع كذلك فيصير العبد المأذون محجورا عليه بالاباق أيضا لذلك .

قلنـــا : يقدر بالتوصل [١٦] ، فهو كالغائب باذنه [١٧] ، بخلافـــه [١٨] ماذا باعه ، فانه لا يقدر بالتوصل [١٩] .

* مسألة (١٨٠) : لا يباع المأذون فى دين التجارة [١] ./١٦٣ ى .
وقال أبو حنيفة : يبـــاع [٢] .

---

(١٦) أى بالتدرج بان يحصل منه على الكسب شيئا فشيئا .

(١٧) حيث يقدر على ايفاء ديونه من كسبه بالتدرج أيضا .
بجامع القدرة على ايفاء الديون بالتوصل فى كل من الاصل وهو مالو غـــاب العبد المأذون باذنه ، والفرع وهو مالو ابق المأذون .
ولما كان حكم الاصل هو عدم صيرورته بالغياب محجورا عليه ، كان حكـــم الفرع كذلك ، فلا يكون الآبق محجورا عليه بالاباق أيضا لذلك .

(١٨) فى نسخة ((ب)) : بخلاف .

(١٩) لخروجه بالبيع عن ملكه أصلا .
أى وهذا فارق يبطل به قياسهم المذكور .

(١) أى فلا يتعلق الدين برقبته بل ولا فى ذمة سيده ، وانما يؤدى من مـــال التجارة .
أنظر : الوجيز جـ١ ص ١٥٢ . المنهاج ص٥٢ .
وجعله الحنابلة فى ذمة سيده . شرح المنتهى جـ٢ ص ٢٩٨ . كشاف القناع : جـ٣ ص ٤٤٧ : ويتعلق دين مأذون له فى التجارة بذمة سيده بالغا ما بلـــغ .أهـ
وذكر فى المحرر جـ١ ص ٣٤٨ رواية أخرى انه يتعلق برقبة العبد فيباع بـــه ويؤدى منه الدين .
واليه ذهب المالكية : الخرشى جـ٥ ص٣٠٣ . الشرح الكبير جـ٣ ص٣٠٥ . شرح المنح جـ٣ ص١٩٢ .

(٢) خلافا لزفر .
الهداية جـ٨ ص٢٢٢ . التبيين جـ٥ ص٢٠٩ . مجمع الانهر جـ٢ ص٤٥٢ .
ولم أقف على قول ابن حزم فى ذلك .

لنا : هو انه دين لزمه برضا من له الحق،[٣] فلم يتعلق برقبته ، كما لو استقرض وهو محجور عليه ،[٤] ولان رقبته لم يتناولها الاذن فى التجارة ، بدليل انه لا يملك بيعها ، فلم تبع فى الدين ، كسائر أموال المولى.[٥]

قالوا : مال[٦] وجب عليه بعقد مأذون فيه ، فلا يضيع فى حال الرق ، كالمهر والنفقة .[٧]

---

(٣) وهو صاحب الدين الواجب على المأذون .

(٤) حيث لا يتعلق الدين برقبته .
بجامع لزوم الدين برضا من له الحق ، فى كل من الاصل وهو مالو استقرض وهو محجور عليه ، والفرع وهو العبد المأذون .

ولما كان حكم الاصل عدم تعلق الدين برقبته . كان حكم الفرع كذلك ، فلا يتعلق الدين برقبة المأذون أيضا لذلك .

(٥) حيث لا تباع بالدين الواجب على المأذون لغرمائه .
بجامع عدم دخوله بالاذن له بالتجارة ، فى كل من الاصل وهو سائر أموال المولى وهى ماعدا المأذون ، والفرع وهو رقبة المأذون .

ولما كان حكم الاصل عدم دخوله فى الاذن للعبد بالتجارة ، كان حكم الفرع كذلك فلا تدخل رقبة العبد بالاذن له بها أيضا لذلك .

(٦) وهو دين التجارة .

(٧) حيث تلزمان العبد أيضا بعقد النكاح بكونه مأذونا له به .
بجامع ان كلا مال لزمه بعقد مأذون فيه ، اما الاصل فالنفقة والمهر ، واما الفرع فدين التجارة .

ولما كان حكم الاصل وجوبه عليه بالاذن له بالنكاح ، كان حكم الفرع كذلك فيتعلق الدين برقبته أيضا لذلك .

قلنا : المهر والنفقة لا يمكن ايفاؤهما من البضع ، ولا ينفك النكاح منهما (٨) فلزم المولى من كسب العبد أو كسبه (٩) ، والثمن يمكن ايفاؤه من عوض المبيع (١٠) ، فلا يتعلق بما لم يأذن فيه (١١) .

قالوا : دين الأجنبى لزم العبد بسبب ثابت فى حق مولاه (١٢) ، فتعلق برقبته ، كضمان المتلف ودين المرتهن (١٣) .

قلنا : ضمان المتلف يتعلق برقبته فى حال الحجر (١٤) ، ودين المعاملة لا يتعلق بها (١٥) ، ولان المتلف عليه لم يرض بذمته (١٦) ،

---

(٨) أى فهما من مستلزماته .

(٩) أى كسب السيد .

(١٠) فى نسخة ((ب)) : من عوض البيع . / أى المبيع ، فيكون مجازا مرسلا .

(١١) أى وهذا فارق بين الاصل والفرع فى قياسهم دين التجارة فى العبد المأذون على نفقته ومهره . والقياس مع الفارق باطل .

(١٢) وهو امتلاكه للعبد المأذون .

(١٣) حيث يتعلق ضمان مايتلفه العبد برقبته ، ويتعلق دين المرتهن فى ذات المرهون .
بجامع ان كلا دين لزم بسبب ثابت ، اما الاصل فضمان مايتلفه العبد وضمان دين المرتهن ، واما الفرع فضمان دين التجارة فى رقبة المأذون .
ولما كان حكم الاصل تعلقه برقبة العبد المتلف وبالمرهون ، كان حكم الفرع كذلك فيتعلق دين التجارة برقبة المأذون أيضا لذلك .

(١٤) أى فيما اذا لم يكن مأذونا له بالتجارة ، وفرض مسألتنا فى المأذون له .
فبطل قياسهم دين التجارة على ضمان المتلف لذلك .

(١٥) أى برقبة العبد ، وانما يتعلق بمال المضاربة .
وفى الاصل (بهما) بالتثنية ، وهو خطأ .

(١٦) لانها ليست محلا للتضمين ، لكونه مملوكا لسيده ، فهى ذمة قاصرة .
أى ولذلك تعلق ضمان المتلف برقبته .

وها هنا [١٧] رضي البائع [١٨] بذمته ، فلم يتعلق برقبته [١٩] ودين المرتهن علقه المولى على رقبته [٢٠] ، وها هنا [٢١] علقه على ما دفع اليه أو على عوض ما يشتريه [٢٢] ولهذا يجوز أن يأذن لمن لا يجوز بيعه [٢٣] ، كأم الولد ، والمدبر [٢٤] ، ولا يجوز رهن مالا يجوز بيعه [٢٥] .

---

(١٧) سقط قوله (وها هنا رضي البائع بذمته) من نسخة ((ب)) . والاشارة عائدة الى المأذون لها بالتجارة .

(١٨) وهو صاحب الدين .

(١٩) أى وهذا فارق بين الاصل والفرع في قياسهم تعلق دين التجارة في رقبة المأذون على تعلقها في ضمان ما يتلفه .

(٢٠) بان يستوفي منه حقه عند العجز عن ايفائه لصاحبه .

(٢١) أى في التعامل مع المأذون له بالتجارة .

(٢٢) أى وهذا فارق بين الاصل والفرع في قياسهم تعلق دين التجارة في رقبة المأذون على تعلقها في ذات المرهون أيضا . والقياس معه باطل .

(٢٣) مصدر مضاف الى مفعوله . أى من لا يجوز للسيد أن يبيعه .

(٢٤) في نسخة ((ب)) : والمدبرة . / بالتأنيث . وما في الاصل أولى لعمومه الذكر والانثى ، اذ هي داخلة في لفظه لان المدبر صفة لموصوف محذوف تقديره : العبد المدبر.
ولفظ العبد يطلق على الذكر والانثى .

(٢٥) لان المقصود من الرهن حبس المال للاستيفاء منه عند العجز عن دفع الحق ومالا يجوز بيعه لا يمكن الاستيفاء منه ، فيفوت به الغرض من رهنه .

قالوا : دين يستوفى من كسبه ، فاستوفى من بدل نفسه،[٢٦] كالحر.[٢٧]

قلنا : لان الحر يملك كسبه وبدل نفسه . والعبد لا يملك،[٢٨] وانما يملكه المولى،[٢٩] والمولى اذن بقضاء الدين من كسبه،[٣٠] دون بدل نفسه.[٣١]

---

(٢٦) أى من ثمنه بعد بيع رقبته .

(٢٧) حيث يستوفى دينه من بدل نفسه ، وهو هنا ديته، لان بيع الحر محرم وماروى من بيع النبى صلى الله عليه وسلم سُرَّق ، بضم فراء مشددة بعدها قاف ، وقيل هو بوزن عمر ، فى دين كان عليه ، فهو منسوخ ، كما نصوا هم على ذلك . أنظر التبيين جه ص ٢٠٩ .

بجامع الاستيفاء من كسبه فى كل من الاصل وهو الحر والفرع وهو العبد المأذون .

ولما كان حكم الاصل استيفاء دينه من ديته ، كان حكم الفرع كذلك فيستوفى دينه من رقبته أيضا لذلك .

(٢٨) فى نسخة ((ب)) : لا يملك ذلك . / أى كسبه وثمن نفسه .

(٢٩) أى وهذا فارق بين الاصل والفرع فى قياسهم استيفاء الدين من رقبة المأذون على استيفائه من دية الحر ، والقياس مع الفارق باطل .

(٣٠) لكونه اذن له بالتجارة ، وذلك يقتضى أن تنحصر تصرفاته به فيما دون نفسه .

(٣١) لان الاذن له بالتجارة ، لا يشمل بيع نفسه ، لان فيه ابطالا لاذنه له بها ، اذ مراده بالاذن بها تحصيل المال ، وفى بيعه نفسه تفويت للمال ، فلا يصح لذلك .

" مسائل الوكالة (*) "

* مسألة (١٨١) : لا يجوز تعليق الوكالة على شرط في ظاهر المذهب (١) ./ ١٦٣ى .

(*) يجوز فيها فتح الواو ويجوز الكسر ، وهي في اللغة : التفويض ، تقول : وكلت امري الى فلان ، اذا فوضته اليه ، ومن ذلك قولك : توكلت على الله ، أي فوضت امري اليه واكتفيت به عن غيره ، وتأتي بمعنى الحفظ ومنه (ونعم الوكيل) .
وهي من باب وعد ، تقول : وكلت الامر اليك وكلا ، ووكولا ، واسم الفاعل والمفعول منها : وكيل ، والجمع وكلاء ، والاسم منها : التكلان ، بضم الفوقانية ، وتأتي وكل بالتخفيف بمعنى الاهمال والترك ، تقول وكلته الى نفسه ، من باب وعد ، وكولا ، اذا لم تقم بامره ولم تعنه ، ومنه التواكل ، اذا اتكل بعضهم على بعض ، أي أهمل كل منهم شأن نفسه .
أنظر المصباح جـ٢ ص ٢٤٨ . المختار ص ٧٣٤ .
وفي الشرع : تفويض شخص ماله فعله مما يقبل النيابة الى غيره ليفعله في حياته .
وهي مشروعة بالكتاب والسنة والاجماع ، والمعقول .
اما الكتاب : فقوله تعالى : (فابعثوا أحدكم بورقكم هذه) سورة الكهف: آية رقم/ ١٩ ، وقوله على لسان يوسف (اذهبوا بقميصي هذا) يوسف آية رقم/ ٩٣ .
فان قلت : هذا شرع من قبلنا .
قلت : ففي شرعنا قوله تعالى (فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها) سورة النساء ، آية رقم/ ٣٥ .
وأما السنة : فبعثه السعاة لجمع الزكاة ، كما في البخاري جـ١ ص ٢٦٢ انه كان لرسول الله صلى الله عليه وسلم على الصدقات ، أي على جمعها ، رجل يقال له : ابن اللتبية وهو أسدي ، استعمله على صدقات بني سليم .
أنظره باب قول الله تعالى والعاملين عليها ومحاسبة المصدقين مع الامام ، =

....

= وأيضا فقد وكل رسول الله صلى الله عليه وسلم عروة البارقى فى شراء شاة له بدينار ليضحى بها ، فاشتراها بدينار وباعها بدينارين ، فرجع فاشترى أضحية بدينار وجاء بدينار الى النبى صلى الله عليه وسلم فتصدق به صلى الله عليه وسلم ودعا له ان يبارك له فى تجارته .

رواه أبو داود جـ٣ ص ٢٥٦ . باب فى المضارب يخالف ، رقم/ ٣٣٨٤ الا أن فى سنده مجهولا ، وفيه انقطاع أيضا ، وقد ضعفه البيهقى والخطابى والشافعى كما ذكر ذلك فى مختصر سنن أبى داود جـ٥ ص٥٠ رقم/ ٣٢٤٥ .

الى غير ذلك من الأحاديث فيهما .

وقد انعقد الاجماع على مشروعية الوكالة كما قال ابن حزم فى المراتب ص٦١ ، وأنظر رحمة الامة ص ١٦٠ .

وأما المعقول : فان الحاجة داعية اليها ، فان الشخص قد يعجز عن قيامه بمصالحه كلها ، بنفسه فشرع له قضاؤها بغيره . وقد قال تعالى : (وتعاونوا على البر والتقوى) سورة المائدة آية / ٢ .

واركانها أربعة : وكيل وموكل وموكل فيه وصيغة .

أنظر : مغنى المحتاج جـ٢ ص ٢١٧ . المغنى جـ٥ ص ٦٣ .

(١) كأن يقول : اذا جاء رأس الشهر أو قدم زيد ونحو ذلك فأنت وكيلى أو فقد وكلتك .

أنظر : الوجيز جـ١ ص ١٨٩ . قال الرافعى : ففيه وجهان ... وأظهرهما المنع . أهـ فتح العزيز جـ١١ ص٢٢ .

ثم قال : وخرج بعضهم الخلاف على أن الوكالة هل تفتقر الى القبول ، ان قلنا لا تفتقر جاز التعليق ، والا لم يجز ، لأن فرض القبول فى الحال ، والوكالة لم تثبت بعد ، وتأخرها الى أن يحصل الشرط مع الفصل الطويل خارج عن قاعدة التخاطب . أهـ .

ونص النووى أيضا على أن المنع هو الأصح فى المنهاج ص ٦٤ .

وقال أبو حنيفة : يجوز.(٢)

لنا : هو انه عقد للجهالة تأثير فى ابطاله ، فلم يجز تعليقه على شـــرط مستقبل كالبيع(٣) .

والدليل على الوصف(٤) : انه اذا وكله فى شراء ثوب ولم يبين نوعه لم يصـح .

قالوا : أذن فى التصرف ، فجاز تعليقه على شرط ، كالوصية والامارة.(٥)

قلنا : ليس للجهالة تأثير فى ابطال الوصية.(٦) والامارة(٧) بخلاف الوكالة.(٨)

---

(٢) أنظر أشباه ابن نجيم ص ٢٤٩ . معين الحكام ص ١٥٥ .

وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى جـ٢ ص ٣٠٠ . كشاف القناع جـ٣ ص ٤٥٠ .

المغنى جـ٥ ص ٦٨ .

ولم أقف على قول ابن حزم فى هذه المسألة ولا المالكية أيضا .

(٣) حيث لا يجوز تعليقه على شرط مستقبل .

بجامع ان كلا عقد للجهالة تأثير فى ابطاله ، اما الاصل فالبيع ، واما الفـرع فالوكالة .

ولما كان حكم الاصل بطلانه به ، كان حكم الفرع كذلك فلا يصح تعليق الوكالة على شرط أيضا لذلك .

(٤) وهو أن للجهالة تأثيرا فى هذا العقد .

(٥) فى نسخة ((ب)) : والاجارة . / ومافى الاصل أولى لدلالة السياق فى الجواب عليه . حيث يجوز تعليقها على شرط.

بجامع ان كلا اذن فى التصرف ، اما الاصل فالوصية والامارة واما الفرع فالوكالة .

ولما كان حكم الاصل صحة تعليقها على شرط ، كان حكم الفرع كذلك فيجـوز تعليق الوكالة على شرط أيضا لذلك .

(٦) لانها عقد تبرع محض لا معاوضة فيه ، فاحتمل الغرر لذلك .

(٧) سقط لفظ (الامارة) من نسخة ((ب)) .

(٨) من حيث انها تقبل التعليق دون الوكالة . لقوله عليه الصلاة والســلام يوم جهز الجيش لغزوة مؤتة وقد أمر عليهم زيد بن حارثة : ان قتل زيـد فجعفر وان قتل جعفر فعبد الله بن رواحة . أهـ رواه البخارى جـ٣ ص ٥٨ =

قالوا : اذا جاز أن يعلق التصرف على شرط[٩] جاز أن يعلق العقد[١٠] .

قلنا : يجوز أن يعلق التصرف في[١١] المستأجر على زمان مستقبل[١٢] ولا يجوز أن يعلق العقد[١٣] .

قالوا : لو لم تصح الوكالة[١٤] لما صح التصرف[١٥] .

= كتاب المغازي ، باب غزوة مؤتة من أرض الشام .

وانما قبلت الامارة التعليق دون الوكالة لان الامارة عقد لا يحتاج فيه الى القبول من الأمير . والله أعلم .

واذا ثبت أن بينهما فارقا ، فان قياس أحدهما على الآخر يكون باطلا .

(٩) كأن يقول له : وكلتك الان ببيع عبدي ، ولكن لا تبعه حتى يجيئ رأس الشهر ،

قال الرافعي فيه : صح التوكيل بالاتفاق . أهـ فتح العزيز جـ١١ ص٢٢ .

(١٠) أي على شرط أيضا .

(١١) زاد في نسخة ((ب)) : أن يعلق التصرف على شرط في المستأجر . الخ .

(١٢) كأن يقول : استأجرتك على بناء هذا الحائط ، فاذا جاء الغد فاعمل به . حيث يصح العقد .

(١٣) بأن يقول له : اذا جاء رأس الشهر فقد استأجرتك لبناء الحائط . حيث لا يصح العقد .

والمقصود: اثبات أن العلة التي ذكروا باطلة لقصورها على بعض أفراد حكمها .

(١٤) أي المعلقة على شرط .

(١٥) أي بالوكالة بعد فسادها بالتعليق ، أي ولكن الحال انه صحيح ، فاقتضى ذلك صحة عقدها وان معلقا .

قلنا : لان العقد وإن فسد ،[16] فالاذن باق ،[17] فصح التصرف لوجود الاذن ، كما نقول في الكتابة الفاسدة ، يعتق بها[18] وان كانت فاسدة.[19]

* مسألة (١٨٢) : يجوز توكيل[1] الحاضر من غير رضا الخصم.[2] / ١٦٣ش.

---

(١٦) أى بسبب التعليق فيها .

(١٧) أى بالتصرف .

(١٨) في نسخة ((ب)) : ويعتق بها ./ بزيادة الواو .
والصواب حذفها .

(١٩) أى فيقع العتق بها مع فسادها .
بجامع بقاء الاذن فى كل من الاصل وهو الكتابة الفاسدة ، والفرع وهو الوكالة الفاسدة .
ولما كان حكم الاصل وقوع العتق بها ؛ كان حكم الفرع كذلك فيصح التصرف وان كانت الوكالة به فاسدة أيضا لذلك .

(١) مصدر مضاف الى فاعله ، أى يصح التوكيل من الموكل وان كان حاضرا . فلا يشترط في الوكالة غيبة الموكل .

(٢) المختصر ص ١١٠ . الوجيز جـ١ ص ١٨٨ . الأم جـ٣ ص ٢٣٣ .
وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى جـ٢ ص . كشاف القناع جـ٣ ص٤٥١ .
المغنى جـ٥ ص ٦٥ .
وبه يقول المالكية : الخرشى جـ٦ ص ٦٩ . الشرح الكبير جـ٣ ص ٣٧٨ .
شرح المنح جـ٣ ص ٣٥٣ .
ومحل ذلك مالم يقاعد خصمه كثلاث مرات الا لعذر فيجوز أيضا من غير رضاه .
وبجوازه أيضا يقول ابن حزم : المحلى جـ٩ ص ١١٠ .

وقال أبو حنيفة : لا يجوز الا لعذر.(٣)

لنا : ان ماجاز التوكيل فيه لم يفتقر لزومه الى رضا(٤) الخصم ،كالتوكيل في استيفاء الدين،(٥) ولانه توكيل لا يعتبر(٦) في لزومه رضا الخصم في حال الغيبة. فلم يعتبر في حال الحضور ،كتوكيل المريض ،والمخدرة.(٧)

---

(٣) بأن كان الموكل مريضا أو غائبا مدة السفر أو مريدا للسفر أو كان الموكل امرأة مخدرة وهي التي ليس من عادتها البروز أمام غير المحارم ،أو كانت حائضا وكان القضاء في المسجد ، وكذا لو كان الموكل محبوسا ، ونحو ذلك من الأعذار .
هذا عند الامام ،وخالفه صاحباه .
قال الزيلعي : والمتأخرون من أصحابنا اختاروا للفتوى : ان القاضي اذا علم من الخصم التعنت في الأباء من قبول التوكيل ، لا يمكنه من ذلك ، ويقبل التوكيل من الموكل من غير رضاه ، وان علم من الموكل قصد الاضرار بخصمه لا يقبل منه التوكيل الا برضاه ،وهو اختيار شمس الائمة السرخسي .أهـ التبيين جـ٤ ص ٢٥٥. وأنظر الهداية جـ٧ ص ٧. مجمع الانهر جـ٢ ص٢٢٣.

(٤) في نسخة ((ب)) : الى رضى . / بالالف المقصورة.

(٥) حيث لا يفتقر فيه الى رضا الخصم .
بجامع جواز التوكيل فيه ،في كل من الاصل وهو استيفاء الدين ، والفرع وهو توكيل الحاضر من غير رضا الخصم.
ولما كان حكم الاصل عدم افتقار لزومه الى رضا الخصم ،كان حكم الفرع كذلك فلا يفتقر توكيل الحاضر الى رضا الخصم أيضا لذلك.

(٦) في نسخة ((ب)) :لا يفتقر في لزومه .

(٧) المخدرة بضم الميم وتشديد الدال المهملة ، وهي البنت البكر الملازمة لخدرها بكسر الخاء المعجمة وسكون الدال المهملة. وهو ناحية في البيت ، يترك عليها ستر فتكون فيه الجارية البكر ،فيقال لها : خدرة بفتح فكسر ومخدرة ،والجمع مخدرات ، أنظر النهاية جـ٢ ص١٣.

=

قالوا : الجواب حق عليه[٨]، وبين الناس فيه تفاوت[٩]، ولهذا قال صلى الله عليه وسلم : (ولعل بعضكم ألحن[١٠] بحجته من بعض)[١١]، فربما وكل عليه من يظلمه ، فلم يجز من غير رضا الخصم ، كالحوالة[١٢].

= والجامع في القياس المذكور هو عدم اعتبار رضا الخصم في حال الغيبة في كل من الاصل وهو توكيل المريض والمخدرة ، والفرع وهو توكيل الحاضر. ولما كان حكم الاصل هو عدم اعتبار رضا الخصم في حال حضوره ، كان حكم الفرع كذلك فلا يعتبر رضا الخصم في حال الحضور أيضا لذلك .

(٨) أي عند المسائلة القضائية .

(٩) أي فمنهم حاد الذهن حاضر الجواب سريع البديهة ، ومنهم على الضد من ذلك .

(١٠) اللحن هو الميل عن جهة الاستقامة . يقال : لحن فلان في كلامه اذا مال عن صحيح المنطق ، والمراد في الحديث : ان بعضكم يكون أعرف بالحجة وافطن لها من غيره . أنظر النهاية جـ٤ ص ٢٤١ .

(١١) الحديث رواه البخاري جـ٢ ص١٠٩ . كتاب الشهادات . باب من أقام البينة بعد اليمين .
عن أم سلمة مرفوعا : انكم تختصمون الى ، ولعل بعضكم ألحن بحجته من بعض ، فمن قضيت له بحق أخيه شيئا بقوله ، فانما اقطع له قطعة من النار ، فلا يأخذها . أهـ .
ورواه مسلم جـ٣ ص ١٣٣٧ كتاب الأقضية ، باب الحكم بالظاهر واللحن بالحجة رقم / ٤ .
ورواه أبو داود جـ٣ ص٣٠١ كتاب الأقضية . باب في قضاء القاضي اذا أخطأ / ٣٥٨٣ . ورواه الترمذي جـ٣ ص ٦٢٤ كتاب الأحكام ، باب ماجاء في التشديد على من يقضى له بشئ ليس له أن يأخذه . رقم / ١٣٣٩ . ثم قال حديث أم سلمة حديث حسن صحيح . أهـ .
ورواه النسائي جـ٨ ص ٢٣٣ . كتاب آداب القضاة ، باب الحكم بالظاهر.
ورواه ابن ماجه جـ٢ ص ٧٧٦ كتاب الأحكام . باب الحاكم يجتهد فيصيب الحق . رقم / ٢٣١٤ .

(١٢) سقط قوله (كالحوالة) من نسخة ((ب)) .

= حيث لا تصح الا برضا المحال عليه .

قلنا : (١٣) لو كان هذا (١٤) صحيحا لوجب أن لا يجوز مع العذر أيضا (١٥) ، كالحوالة (١٦) ، ولأن الخصم يمكنه أن يدفع ظلم الوكيل بوكيل مثله (١٧) ، ويخالف الحوالة ، فانه ربما لم يكن المحال عليه كالمحيل فى ايفاء الدين (١٨) ، وهاهنا (١٩) الوكيل ، كالموكل فى الدعوى والجواب (٢٠) .

قالوا : الموكل أقرب الى فصل الحكومة (٢١) من الوكيل ، لانه يقر ويحلف (٢٢) ،

= بجامع احتمال حدوث الظلم فى كل ، اما الاصل فهو الحوالة واما الفرع فهو الوكالة .
ولما كان حكم الاصل اعتبار رضا المحال عليه ، كان حكم الفرع كذلك فيعتبر رضا الخصم فى الوكالة أيضا لذلك .

(١٣) فى نسخة ((ب)) : قلنا : يبطل بالحوالة ، فانه ربما ... الخ . وما بينهما ساقط .

(١٤) أى تعليل اعتبار رضا الخصم فى الوكالة بخوف احتمال أن يظلمه الوكيل .

(١٥) لانه لا يؤمن فيه ظلم الوكيل أيضا .

(١٦) حيث لا يؤمن فيها ظلم المحال عليه وان كانت الحوالة عليه برضاه .

(١٧) بأن يوكل عن نفسه من يخاصم عنه ، فيبطل به الاحتمال الذى ذكروا .

(١٨) زاد فى نسخة ((ب)) : بعد فى ايفاء الدين : ثم يجوز .

(١٩) أى فى الوكالة .

(٢٠) حيث لا يمكنه الزيادة فيهما ولا النقص ولا المماطلة مع القاضى .

(٢١) فى نسخة ((ب)) : الخصومة .

(٢٢) أى ولا كذلك الوكيل الا أن يأذن له به الموكل .

واذا أمكن الفصل بأقرب الوجهين (٢٣) لم يعدل الى أبعدهما من غير عذر، كما تقول في الشهادة على الشهادة (٢٤).

قلنا : يبطل به اذا رضي الخصم، (٢٥) ثم الشهادة على الشهادة بدل، فلا يجوز مع القدرة على الأصل : (٢٦) والوكيل ليس ببدل ، ولهذا لو رضي الخصم جاز ، (٢٧) فصار كشهادة الرجل والمرأتين مكان الرجلين (٢٨).

---

(٢٣) وهو طريق الموكل اذا كان حاضرا .

(٢٤) حيث لا يعدل الى الشاهد على الشاهد مع وجود الشاهد الأصل .
بجامع امكان التوصل الى الحق بأقرب الوجهين في كل من الاصل وهو الشهادة على الشهادة ، والفرع وهو التوكيل مع حضور الموكل .
ولما كان حكم الاصل عدم استعمال الشاهد الثاني مع وجود الشاهد الأصل ، كان حكم الفرع كذلك فلا يصح التوكيل مع وجود الموكل أيضا لذلك .

(٢٥) حيث تصح الوكالة حينئذ وان كان الموكل حاضرا ، فبطلت بذلك العلة التي ذكروا .

(٢٦) في نسخة ((ب)) : مع القدرة على المبدل على الأصل . / وهو تكرار للمعنى بلفظين لا داعي لاحدهما .

(٢٧) أي لو رضي الخصم بالوكيل جاز قطعا ، فدل على أن الوكيل ليس ببدل ، والا لما جاز وان رضي .
أي وهذا فارق بين الاصل والفرع في قياسهم ، فيبطل به .

(٢٨) حيث يجوز اشهادهم مكان الرجلين ، وان كانا موجودين .
بجامع الاصالة في كل من الاصل وهو الرجل والمرأتين في الشهادة ، والفرع الوكيل في الوكالة .
ولما كان حكم الاصل صحة العمل بشهادتهم مع وجود الرجلين ، كان حكم الفرع كذلك فيصح العمل بقول الوكيل مع حضور الموكل أيضا لذلك .
فدل على أن الوكيل ليس ببدل عن الموكل .

قالوا : فى هذا[29] ترك للتسوية[30] بين الخصمين ، فان أحدهما مرفه[31] فى البيت ، والآخر متبذل[32] فى مجلس الحكم .

قلنا : للآخر[33] أيضا أن يوكل ، فلا يتبذل .[34]

* مسألة (١٨٣) : يصح عزل الوكيل وان لم يعلم به ، فى أحد القولين[1] . /١٦٣ ش .

---

(٢٨) أى فى جواز التوكيل مع كون الموكل حاضرا .

(٢٩) فى نسخة ((ب)) : ترك التسوية .

(٣١) أى فى سعة وراحة ، تقول : رجل رافه ، أى وادع ، وهو فى رفاهة من العيش أى فى سعة منه ، ومثله فى رفاهية . أنظر المختار ص ٢٥١ . وفى القاموس جـ٤ ص ٢٨٤ : رفه عيشه ككرم ، فهو رفيه ورافه ورفهان ومترفه . مستريح متنعم . أهـ .

(٣٢) أى غير مصون ، وذلك بمباشرته العمل بنفسه ، أنظر القاموس جـ٣ ص ٣٣٢ .

(٣٣) وهو الوكيل .

(٣٤) أى فبطل اعتبار الفارق الذى ذكروا بين الاصل والفرع فى قياسنا ، فيبقى القياس صحيحا .

(١) ويترتب على ذلك انه لو تصرف ولم يعلم بالعزل وسلم ماوكل فيه الى الغير فهل يكون ضامنا كما هو مقتضى كلام الغزالى والشاشى وغيرهما .
ومال الرويانى الى عدم الضمان - أنظر عميرة جـ٢ ص ٣٤٧ .
أنظر المسألة فى : الوجيز جـ١ ص ١٩٣ قال : وكذا - أى ينعزل - فى غيبته قبل بلوغ الخبر فى اقيس القولين . أهـ وأنظر المنهاج ص ٦٦ حيث قدم هذا الرأى ، ثم قال : وفى قول : لا حتى يبلغه الخبر . أهـ اشارة منه الى أن الأول أقوى .
وقد نص الرافعى على أنه أصح القولين . أنظر فتح العزيز جـ١١ ص ٦٧ .
وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى جـ٢ ص ٣٠٧ . كشاف القناع جـ٣ ص ٤٥٩
وذكر فى المغنى جـ٥ ص ٨٩ رواية أخرى أنه لا ينعزل قبل العلم .

وقال أبو حنيفة : لا يصح.(٢)

لنا : هو ان من لا يعتبر رضاه فى رفع عقد لم يعتبر علمه ، كالمرأة فى الطلاق.(٣) ولأنه عزله عن التصرف ، فلم ينفذ تصرفه ، كما لو علم به.(٤)

قالوا : أمر ونهى ، فاعتبر فيه علم المأمور والمنهى ، كأمر صاحب الشرع.(٥)

---

(٢) الهداية جـ٧ ص ١٣٠ . التبيين جـ٤ ص ٢٨٧ . مجمع الأنهر جـ٢ ص ٢٤٧ .

وهو ارجح قولى المالكية : الشرح الكبير جـ٣ ص ٣٩٦ . الجواهر جـ٢ ص ١٣٢

شرح المنح جـ٣ ص ٣٩٠ .

واليه ذهب ابن حزم : المحلى جـ٩ ص ١١٤ .

(٣) حيث لا يعتبر علمها بالطلاق لصحة وقوعه .

بجامع عدم اعتبار رضاه فى ازالة العقد ، فى كل من الاصل وهو الطلاق والفرع وهو الوكالة .

ولما كان حكم الاصل عدم اعتبار علم المرأة فى صحة وقوع الطلاق عليها ، كان حكم الفرع كذلك فلا يعتبر علم الوكيل فى صحة عزله أيضا لذلك .

(٤) حيث لا ينفذ تصرفه بعده قطعا .

بجامع العزل عن التصرف فى كل من الاصل وهو مالو علم بالعزل والفرع وهو مالو لم يعلم به ،

ولما كان حكم الاصل صحة العزل فيه ، كان حكم الفرع كذلك فيصح عزله وان لم يعلم أيضا لذلك .

(٥) حيث لا تلزم التكاليف الشرعية الا بعد العلم بها . قال تعالى : (وأوحى الى هذا القرآن لانذركم به ومن بلغ) سورة الأنعام آية/ ١٩ أى لا نذركم به أنتم ومن بلغه الا نذار من غيركم .

بجامع ان كلا أمر ونهى ، اما الاصل فأمر صاحب الشرع ، واما الفرع فالتوكيل .

ولما كان حكم الاصل اعتبار العلم به ، كان حكم الفرع كذلك فيعتبر فيه علم الوكيل أيضا لذلك .

قلنا : في الأصل وجهان،[٦] ثم ذاك[٧] يقتضي الثواب والعقاب ، فاقتضى العلم ، وهذا يقتضي التصرف فلم يقتض العلم ،[٨] ولان الاباحة في حق الله تعالى لا تثبت من غير علم ، وتثبت في حق الآدمي ، وهو اذا أباح طعامه ، أو ركوب دابته أو التصرف في ماله بعد وفاته وهو لا يعلم[٩] .

---

(٦) وهو لزوم الأوامر الشرعية مع عدم العلم بها سواء لغفلة أو نسيان أو نوم . المانع منه يقول : ان التكليف بشيء قبل العلم به محال ، و(لا يكلف الله نفسا الا وسعها) وقد روى مسلم جـ١ ص ١١٥ كتاب الايمان ، باب بيان انه سبحانه وتعالى لم يكلف الا مايطاق ، رقم/ ١٩٩ في سبب نزولها انه لما نزلت (لله مافي السموات ومافي الأرض وان تبدوا مافي أنفسكم أو تخفوه . . . الآية) اشتد ذلك على أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم ثم بركوا على الركب وقالوا : أي رسول الله ، كلفنا من الأعمال مانطيق : الصلاة والصيام والجهاد والصدقة ، وقد أنزلت عليك هذه الآية ، ولا نطيقها ، فقال : أتريدون أن تقولوا كما قال أهل الكتابين من قبلكم سمعنا وعصينا ؟! بل قولوا : سمعنا وأطعنا غفرانك ربنا واليك المصير ، فقالوها ، فأنزل الله تعالى (لا يكلف الله نفسا الا وسعها) الآية .
والمجيزون يقولون : ان سؤال رفع التكليف دليل على جوازه اذا كان مستحيلا لغيره كتكليف أبي جهل بالايمان ، فانه امتنع لسابق علم الله فيه انه لن يؤمن مع نصب دلالات الايمان امامه .
وفي المسألة تفصيل . نزهة المشتاق ص١٠٢ . شرح الكوكب المنير جـ١ ص ٤٨٤ ومابعدها .

(٧) أي الأمر الشرعي .

(٨) أي وهذا فارق بين الاصل والفرع في قياسهم . فيبطل به .

(٩) أي فلا يجب على من لا يعلم بتلك الاباحة شيء فيما اذا أكل الطعام المذكور أو ركب الدابة أو تصرف في مال المبيح بعد وفاته . فلا يضمن شيئا من ذلك .

قالوا : أحد موجبى الوكالة [(١٠)] فلم [(١١)] يرتفع قبل العلم ، كالامانة. [(١٢)]

قلنا : الأمانة تتعلق بترك العدوان ، فلم يعمل [(١٣)] فيه [(١٤)] العزل ، والتصرف [(١٥)] يتعلق بالاذن وقد زال الاذن ، ولهذا لا ترتفع الأمانة وان علم [(١٦)]، مالم يفرط [(١٧)]، والتصرف يرتفع . [(١٨)]

---

(١٠) ذلك لان للوكالة موجبين : أحدهما : العلم بها ، وثانيهما : الاذن بالتصرف .

(١١) فى نسخة ((ب)) : فلا يرتفع .

(١٢) حيث لا ترتفع قبل العلم بزوالها عن المؤتمن .
بجامع ان كلا أحد موجبى العقد ، اما الاصل فهو الامانة ، واما الفرع فهو الوكالة .
ولما كان حكم الاصل عدم ارتفاع الامانة عن الشئ قبل العلم بازالتها ، كان حكم الفرع كذلك ، فلا ينعزل الوكيل قبل العلم بالعزل أيضا لذلك .

(١٣) أى فلم يؤثر العزل فى بقاء عقد الأمانة مع عدم العلم بالعزل ، لأنه مسئول عنها مادامت عنده ، ولذلك فانه يضمنها بالتفريط فى الحفظ ، وان بعد علمه بالعزل .

(١٤) أى فى عقد الأمانة .

(١٥) أى بالوكالة عن الغير .

(١٦) أى بالعزل عنها .

(١٧) أى والا فيضمنها ، لتعديه عليها ، بتقصيره فى حفظها .

(١٨) أى بمجرد العزل ، وان لم يعلم به الوكيل .
أى فافترق الاصل بذلك عن الفرع فى قياسهم ، فيبطل .

* مسألة (١٨٤) : لا يصح اقرار الوكيل فى الخصومة على الموكل[١]. ١٦٣/ش.

وقال أبو حنيفة : يصح فى مجلس الحكم .[٢]

لنا : ان من لا يقبل اقراره فى غير مجلس الحكم ، لم يقبل فى مجلس الحكم ، كالوكيـــل فى القصـــاص ،[٣] وكما لو نهاه عن الاقرار[٤] . ولانه معـــنى

---

(١) المختصر ص ١١٠ . الأم جـ٣ ص ٢٣٢ . الوجيز جـ١ ص ١٩٢ .

وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى جـ٢ ص ٣١٥ . كشاف القناع جـ٣ ص ٤٦٠ .

المغنى جـ٥ ص ٧٢ .

وهو قول المالكية فيما اذا اذن له بالاقرار عنه ، أو أن يوكله وكالة تفويـــض أى عامة .

أنظر : القوانين ص ٣٥٧ . الشرح الكبير جـ٣ ص ٣٧٩ . شرح المنح جـ٣ ص ٣٥٤ .

(٢) أى استحسانا الا أنه يخرج عن الوكالة فلا يدفع المال اليه .

وذهب أبو يوسف الى جواز الاقرار عليه فى مجلس الحكم وغيره .

واما زفر فذهب الى عدم صحة اقراره على موكله مطلقا كالشافعى ، وقد كان أبو يوسف يقول به أولا .

أنظر: الهداية جـ٧ ص ١٠٦ . وفتح القدير عليه . التبيين جـ٤ ص ٢٧٩ .

مجمع الأنهر جـ٢ ص ٢٤٣ . ومحل صحة اقراره عليه بما اذا كان فى غـــير الحدود والقصاص .

وذهب ابن حزم الى المنع من الاقرار عن الغير مطلقا . أنظر المحلى جـ٩ ص ١١٣ .

(٣) حيث لا يقبل اقراره بمطلقا ، لا فى مجلس الحكم ولا فى غيره .

بجامع عدم قبول اقراره فى غير مجلس الحكم ، فى كل من الاصل وهو الوكيل فى القصاص والفرع وهو الوكيل فى الخصومة .

ولما كان حكم الاصل بطلان اقراره فيه ، كان حكم الفرع كذلك فلا يصح اقرار وكيل الخصومة فيه أيضا لذلك .

(٤) أى على موكله ، حيث لا يصح اقراره عليه بعده قطعا .

يقطع الخصومة ، فلا يملكه بالتوكيل في الخصومة (٥) ، كالابراء والصلح (٦) . ولان من لا يصح يمينه اذا جحد ، لم يصح اقراره ، كالوصي (٧) ، ولا يلزم اذا اذن له في الاقرار (٨) ، لانه لا يصح في أحد الوجهين (٩) .

---

(٥) لانه يؤدي الى خلاف مراد الموكل ، وهو كسب حقه بالتوكيل في الخصومة عنه .

(٦) حيث لا يجوز للوكيل ابراء المتهم ولا مصالحته عن الموكل ، لتفويته الغرض من التوكيل ، وهو تحصيل الحق كاملا من الخصم ، فلا يصح لذلك .
بجامع ان كلا معنى يقطع الخصومة ، اما الاصل فالابراء والمصالحة واما الفرع فالاقرار .
ولما كان حكم الاصل المنع منه ، كان حكم الفرع كذلك فلا يصح للوكيل الاقرار عن الموكل أيضا لذلك .

(٧) حيث لا يصح اقراره على الموصى عليه .
بجامع عدم صحة اليمين اذا جحد في كل من الاصل وهو الوصي ، والفرع وهو الوكيل ،
ولما كان حكم الاصل عدم اقرار الوصي على الموصى عليه ، كان حكم الفرع كذلك فلا يصح اقرار الوكيل على الموكل أيضا لذلك .

(٨) أي لا يلزم من قولنا بعدم صحة اقراره على موكله في الخصومة ، ان يصح ذلك منه اذا اذن له فيه الموكل ، فان اذنه له فيه لا يصح .

(٩) اظهرهما انه لا يصح ، وهو قول الاكثرين ، واليه ذهب ابن سريج والقفال ، لانه اخبار عن حق ، فلا يقبل التوكيل ، كالشهادة .
والثاني : يصح ، لانه قول يلزم به الحق ، فأشبه الشراء وسائر التصرفات .
أنظر : فتح العزيز جـ ١١ ص ٨٠ والمنهاج ص ٦٤ .

قالوا : من موجب (١٠) الخصومة بدليل ان الحاكم يقول له (١١) : ماتقول فيما يدعى (١٢) على موكلك ؟ فهو كالانكار (١٣).

قلنا : لا نسلم، (١٤) بل ينافي الخصومة ، وانما يسأله ليرتب (١٥) على انكاره سماع البينة أو (١٦) المطالبة بيمين الموكل ، كما يسأل الوكيل في القصاص، (١٧) واذا (١٨) نهاه عن الاقرار (١٩) وان لم يملك، (٢٠) ويخالف الانكار،

---

(١٠) جار ومجرور متعلق بمحذوف تقديره : الاقرار من موجب الخصومة .

(١١) سقط لفظ (له) من نسخة ((ب)) .

(١٢) أى الخصم .

(١٣) حيث يصح من الوكيل للموكل .
بجامع ان كلا من موجبات الخصومة ، اما الاصل فالانكار ، واما الفرع فالاقرار .
ولما كان حكم الاصل جوازه من الوكيل ، كان حكم الفرع كذلك فيصح اقراره أيضا لذلك .

(١٤) أى القول بأنه من موجبات الخصومة .

(١٥) في نسخة ((ب)) : وانما نسأله لنقيد أو نشهد ، أو يقر على انكاره .

(١٦) في نسخة ((ب)) : والمطالبة ./ بواو العطف بدون همزة والصواب اثباته .

(١٧) فانه يجوز للقاضي أن يسأل الوكيل فيه ، ليرتب على انكاره سماع البينة أو المطالبة بيمين الموكل ، ثم لا يدل ذلك على صحة اقرار الوكيل في القصاص على الموكل .

(١٨) أى وكما اذا نهاه عن الاقرار .

(١٩) أى عليه في الخصومة ، حيث لا يجوز له الاقرار عليه بعد نهيه عنه .

(٢٠) أى وان لم يملك الوكيل الاقرار عليه فيها ، فان صحة نهي الموكل الوكيل عن الاقرار عليه ، لا يدل على جواز اقراره عليه لو لم ينهه عنه .

فانه يوافق[٢١] ماوكله فيه ،[٢٢] ولهذا ملكه الوكيل فى القصاص ، والقذف[٢٣] ، ولا يملك الاقرار[٢٤] .

قالوا : من ملك قبض الشئ ملك الاقرار به ، كالموكل[٢٥] .

قلنا : الوكيل[٢٦] فى الخصومة لا يملك القبض ،[٢٧] وفى الوكيل فى البيع[٢٨] قولان[٢٩] ، ثم يبطل بالوصى ،[٣٠] واما الموكل فانه يتصرف فى حق نفسه ، وهذا[٣١]

---

(٢١) أى الانكار .

(٢٢) وهو تحصيل الحق من الخصم .

(٢٣) أى وان لم يأمره به الموكل .

(٢٤) أى على الموكل ، فى القصاص ، أى فكذا لا يملكه عليه فى غير القصاص أيضا .

(٢٥) حيث يملك الاقرار فى الخصومة .
بجامع ملك القبض فى كل من الاصل وهو الموكل والفرع وهو الوكيل .
ولما كان حكم الاصل ملكه الاقرار فى الخصومة ، كان حكم الفرع كذلك فيملك الوكيل الاقرار بها أيضا لذلك .

(٢٦) فى نسخة ((ب)) : الموكل ./ وهو تحريف .

(٢٧) لان التوكيل فيها لا يشمله .

(٢٨) سقط قوله (فى البيع) من نسخة ((ب)) .

(٢٩) أصحهما ان له قبض الثمن وتسليم المبيع ، وان لم ينص عليهما الموكل ، لانهما من مقتضيات البيع .
أنظر شرح المحلى جـ٢ ص ٣٤٢ .

(٣٠) حيث يملك القبض لوصيه ، ولا يملك الاقرار عليه .
أى فبطلت العلة التى ذكروا لوجودها فى الوصى وتخلف الحكم عنها فيه .

(٣١) أى الوكيل .

يتصرف بالاذن ، والاذن لم يتناول الاقرار ، ولهذا يملك الموكل الاقرار في غير مجلس الحكم ، ولا يملكه الوكيل . (٣٢)

* مسألة (١٨٥) : يجوز التوكيل في استيفاء القصاص في غيبة الموكل ، على الصحيح من المذهب . (١) /١٦٤ ى .

---

(٣٢) أى في غير مجلس الحكم ، لأن الوكالة لا تشمله .
وبه يبطل قياس الوكيل على الموكل للفارق المذكور بينهما .

(١) ذكر في الوجيز جـ١ ص١٨٨ أن في استيفائها في غيبة الموكل طريقين :
أحدهما : المنع ، والآخر : قولان . وقيل بالجواز أيضا .

قال الرافعي : وفي غيبته ثلاث طرق : أشهرها على قولين : أحدهما : المنع ، . . . وأصحهما : الجواز . . . والثاني : وبه قال أبو اسحاق : القطع بالجواز . . . والثالث : القطع بالمنع ، لعظم خطر الدم . . .
وذكر الروياني أنه الذي يفتى به . أهـ .
فتح العزيز جـ١١ ص٩ .
قلت : وهذا الأخير هو الذي ذكره في الأم جـ٣ ص٢٣٢ . والمختصر : ص١١٠ . واقتصر النووي على ذكر القولين فقال : ويصح في استيفاء عقوبة آدمي كقصاص وحد قذف ، وقيل : لا يجوز الا بحضرة الموكل . أهـ المنهاج ص٦٤ .

وبجوازه يقول الحنابلة أيضا : شرح المنتهى جـ٢ ص٣٠٤ . كشاف القناع : جـ٣ ص٤٥٤ . وذكر في المغني رواية أخرى انه لا يجوز الا بحضرته أيضا ، ثم قال : والأول ظاهر المذهب . أهـ المغني جـ٥ ص٦٧ .
واطلق المالكية جواز التوكيل في استيفاء العقوبة ، ولم يقيدوه بحضور الموكل أو عدمه .
أنظر : الشرح الكبير جـ٣ ص٣٧٨ . الجواهر جـ٢ ص١٢٥ . شرح المنح : جـ٣ ص٣٥٣ .
وبجوازه مطلقا يقول ابن حزم أيضا . أنظر المحلى جـ٩ ص١١٠ .

وقال أبو حنيفة : لا يجوز.(٢)

لنا : هو انه حق يجوز للوكيل استيفاؤه بحضرة الموكل ، فجاز له استيفاؤه في غيبته كسائر الحقوق(٣)، ولا يلزم عوض الصرف(٤)، لان بالغيبة يبطل الحق.(٥)

قالوا : اذا وقع لا يمكن(٦) استدراكه ، وربما عفا الموكل(٧) وهو لا يعلم(٨)

---

(٢) الهداية جـ٧ ص٦ . التبيين جـ٤ ص ٢٢٥ . مجمع الأنهر: جـ٢ ص٢٢٢ . الا أن الطحاوي ذهب الى جواز التوكيل في التعزير واستيفائه دون حضور الموكل ، كما ذكره في مجمع الأنهر جـ٢ ص ٢٢٣ .

(٣) حيث يجوز للوكيل استيفاؤها دون حضور الموكل .
بجامع جواز استيفاء الوكيل مع حضور الموكل في كل من الاصل وهو سائر الحقوق ، والفرع وهو استيفاء القصاص .

ولما كان حكم الاصل صحة استيفائها في غيبة الموكل ، كان حكم الفرع كذلك فيصح استيفاء القصاص في غيبة الموكل أيضا لذلك .

(٤) حيث يجوز للوكيل استيفاؤه بحضرة الموكل ، ولا يجوز بغيبته فيه ، لان القبض شرط في الصرف ، والتوكيل بالبيع والشراء لا يشمل القبض والاقباض على الخلاف .
أنظر فتح العزيز جـ١١ ص ٣٣ .

(٥) أي بغيبة الموكل يبطل عقد الصرف ، لكون العقد في الصرف انما هو مع الموكل لا الوكيل ، فاعتبرت مفارقته هو لمجلس العقد دون مفارقة الوكيل .

(٦) في نسخة ((ب)) : لم يمكن . / وفاعل وقع ، هو القصاص.

(٧) أي عن الجاني .

(٨) أي الوكيل .

فيستوفي قصاصا قد سقط .

قلنا : الا أن الاصل بقاؤه (٩) ، ثم لو صح هذا (١٠) لوجب أن لا يستوفى الوارث ، لجواز أن يكون قد عفا عنه الموروث ، ولوجب أن لا يستوفى (١١) الحاكم في غيبة الشهود لجواز أن يكونوا قد رجعوا عن الشهادة ، وان لا يجوز للنائب عن الامام أن يستوفى لجواز أن يكون قد (١٢) تغير اجتهاده (١٣) ، وان لا يجوز لعمال النبى صلى الله عليه وسلم أن يستوفوا (١٤) ، لجواز أن يكون قد نسخ ، ولوجب أن لا يجوز للولى الحاضر تزويج المنكوحة ، لجواز أن يكون قد زوجها الولى الغائب (١٥) .

* مسألة (١٨٦) : لا يجوز للوكيل أن يبيع بأقل من ثمن المثل (١) . / ١٦٤ ى .

---

(٩) أى حق استيفاء القصاص . أى فلا يرتفع الا بالعلم بالعفو .

(١٠) يعنى احتمال عفو الموكل عن الجانى .

(١١) فى نسخة ((ب)) : أن لا يستوفيه .

(١٢) فى نسخة ((ب)) : أن يكون قد صح بغير اجتهاده . / وما فى الأصل أصح .

(١٣) أى فى الحكم على الجانى .

(١٤) زاد فى نسخة ((ب)) : أن يستوفوا الخراج والحقوق .

(١٥) أى ومراعاة هذه الظنون والاحتمالات كلها يوجب تعطيل العمل بالشرع جملة . فوجب اطراح هذه الاحتمالات ، ثم العمل بما هو ثابت بالنص أو الاجتهاد .

(١) أى الا أن يكون ذلك مما يتغابن الناس بمثله ، والا فعليه ضمانه .
أنظر المختصر ص ١١١ . الوجيز جـ١ ص ١٩٠ . المنهاج ص ٦٥ .
وهو قول المالكية : القوانين ص ٣٥٦ . الشرح الكبير جـ٣ ص ٣٨٢ . شرح المنح جـ٣ ص ٣٦٥ .
ومحله : اذا أطلق التوكيل فى البيع ، ولم يحد له ثمنا ، والا فقولان : =

وقال أبو حنيفة : يجوز بما عز وهان.[2]

لنا[3] : انه توكيل مطلق في عقد معاوضة ، فلم يجز بالغبن الفاحش، كالشراء[4].

= أحدهما صحة البيع ، والثاني : لا يصح بانقص من ثمن المثل وان حدد الثمن ، لأن القصد من التسمية عدم نقص الثمن ، وطلب الزيادة . أنظره في شرح المنح جـ٣ ص ٣٦٦.
واليه ذهب ابن حزم : المحلى جـ٩ ص ١١٤.

(٢) خلافا للصاحبين : الهداية جـ٧ ص ٧٢ . التبيين جـ٤ ص ٢٧٠ .
مجمع الأنهر جـ٢ ص ٢٣٥ .
أي ولو بالغبن الفاحش ، لانه شئ معتاد عند الاحتياج الى النقد .
ومحله : مالم يتهم الوكيل ، والا لم يجز .
ومحله أيضا : مالم يكن الوكيل أبا أو وصيا لمن يبيع له ، لان ولا يتهما نظرية ولا نظر في البيع بالاقل للموكل .
وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى جـ٢ ص ٣١٠ . كشاف القناع جـ٣ ص ٤٦٣ .
وفي المحرر جـ١ ص ٣٥٠ :
قال : ويتخرج أن يكون كتصرف الفضولي . أهـ أي فلا يجوز له ذلك ويبطل به البيع .

(٣) في نسخة ((ب)) : لنا : هو أنه .

(٤) حيث لا يجوز للوكيل الشراء بالغبن الفاحش .
بجامع ان كلا توكيل مطلق في عقد معاوضة ، اما الاصل فهو التوكيل بالشراء ، واما الفرع فهو التوكيل بالبيع .
ولما كان حكم الاصل المنع من الشراء بالغبن الفاحش ، كان حكم الفرع كذلك فلا يجوز البيع بالغبن الفاحش أيضا لذلك .

فان قيــل[٥] : الثمن في الشراء لم يتناوله الاذن[٦] بلفظه ، فلم يمكن حمله على العموم[٧] . كالمضمرات[٨] والذى تناوله الأمر[٩] ملك الغير[١٠] ، وهو[١١] لا يملكه[١٢] .

قيل : يبطل به اذا قال : زوجني امرأة ، فان الامر يتناول مالا يملك[١٣] ، والمهر غير ملفوظ به ، ثم يحمل امره فيه على العموم[١٤] .

---

(٥) أى نقضا لقياس البيع بثمن المثل على الشراء به ، باثبات الفارق بينهما .

(٦) سقط لفظ (الاذن) من نسخة ((ب)) .

(٧) أى على أكثر من ثمن المثل أو أقل منه . بل يحمل على ثمن المثل فقط .

(٨) حيث لا تحمل الضمائر في اللغة الا على من وضعت له .
بجامع عدم تناول اللفظ له في كل من الاصل وهو المضمرات ، والفرع وهو الاذن بالشراء ، ولما كان حكم الاصل عدم تناول المضمرات لغير من هي له ، كان حكم الفرع كذلك فلا يتناول الاذن بالشراء ، الشراء بأقل منه أو بأكثر أيضا لذلك .

(٩) أى بالشراء .

(١٠) لان السلعة الموكل في شرائها انما هي في ملك الغير ، بخلاف الامر بالبيع ، فان السلعة ملك الموكل ، فجاز للوكيل بيعها بأقل وبأكثر من ثمن المثل ، لكونه متصرفا في ملك موكله بالمصلحة .

(١١) أى الموكل .

(١٢) أى لا يملك ملك الغير .

(١٣) أى مالا يملكه الامر .

(١٤) أى فيجب على الموكل مهر المثل .

فان قيل : فى الشراء متهم،[١٥] لانه ربما يواضع البائع[١٦] فيشترى منه ما يساوى مائة بألف ، ثم يصالحه منه على ثوب يساوى مائة ، ويرجع[١٧] بالالف على الموكل[١٨] ، ولا يمكن ذلك فى البيع .[١٩]

قيل : قد يواضع المشترى على شئ يرشوه ،[٢٠] فيبيع منه ما يساوى ألفا

---

(١٥) مفعول الاتهام هو الوكيل .

(١٦) فى نسخة ((ب)) : لأنه ربما تواضع للبائع . / أى ربما اتفق معه على ماسيذكره المصنف الآن .
أنظر المختار ص ٧٢٦ .

(١٧) فى نسخة ((ب)) : فيرجع . / أى الوكيل .

(١٨) أى فيأخذها منه ،فامتنع الشراء بأقل من ثمن المثل ،لما فيه من لحاق الحيف بالموكل .

(١٩) فى نسخة ((ب)) : فى المبيع . / ومافى الاصل أولى .

(٢٠) أى يرشوه به .
والرشوة بكسر الراء المهملة : مايعطيه الشخص الحاكم وغيره كالقاضى والموظف المسئول ليحكم له ،أو يحمله على ما يريد .
وتجمع على رشا مثل سدرة وسدر بكسر ففتح ،والضم فى راء الرشوة لغة ، وجمعها رشا بضم الراء .
تقول رشوته رشوا كقتلته قتلا اذا أعطيته الرشوة ،فارتشى أى أخذها واصله من رشا البئر أى حبله الذى يستقى به الماء منه ،فكأن الرشوة وسيلة للتوصل بها الى مطلوب الراشى .
أنظر المصباح جـ١ ص ٢٤٤ . المختار ص ٢٤٤ .
ثم ان كانت الرشوة للتوصل الى حق هو لك وقد منع عنك فلا تحرم ،والا حرمت.
فقد روى عن الحسن والشعبى وجابر بن زيد وعطاء انهم قالوا : لا بأس ان يصانع الرجل عن نفسه وماله اذا خاف الظلم .أهـ معالم السنن جـ٥ ص ٢٠٧ كتاب الاقضية ،باب فى هدايا العمال . رقم / ٣٤٣٦ .

بمائة ، ولانــه (٢١) يتصرف فى حق الغير بتفويض (٢٢) مطلق ، فلا يملك بالغبن الفاحش، (٢٣) كالوصى والقيم (٢٤) .

فان قيل : الشرع قيد تصرفهما بالاحسن، (٢٥) فقال تعالى (٢٦) (ولا تقربوا مال اليتيم الا بالتى هى أحسن) (٢٧) .

قيل : الشرع قيد أيضا تصرف الوكيل بالنظر والاحتياط ، فقال صلى الله عليه وسلم (لا ضرر ولا ضرار) (٢٨) .

---

(٢١) أى الوكيل .

(٢٢) أى بتسليم الامر اليه مطلقا ، يفعل فيه مايراه مصلحة .

(٢٣) لان فيه معنى الخيانة فى المال ، اذ اسند اليه التعامل فيه ليحقق له فيه مايصلح من شأنه .

(٢٤) فى نسخة ((ب)) : كالوصى واليتيم ./ حيث لا يجوز للوصى والقيم الغبن فى مال وصيه ومن هو قيم عليه .
بجامع التصرف بتفويض مطلق فى كل من الاصل وهو الوصى والقيم والفرع وهو الوكيل .
ولما كان حكم الاصل عدم جواز الغبن الفاحش فى تعامله بمال وصيه ، كان حكم الفرع كذلك فلا يجوز للوكيل التعامل بالغبن الفاحش فى مال الموكل أيضا لذلك .

(٢٥) أى ولا كذلك فى الوكيل مع الموكل .

(٢٦) فى نسخة ((ب)) : فقال الله تبارك وتعالى .

(٢٧) سورة الاسراء آية رقم/ ٣٤ .

(٢٨) الحديث رواه ابن ماجة جـ٢ ص ٧٨٤ كتاب الاحكام ، باب من بنى فى حقه مايضر بجاره ، رقم / ٢٣٤٠ عن عبادة ابن الصامت ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى ان : لا ضرر ولا ضرار . أهـ
قال فى الزوائد : فى حديث عبادة هذا : اسناد رجاله ثقات الا أنه منقطع لان اسحاق بن الوليد قال الترمذى وابن عدى : لم يدرك عبادة بن الصامت =

وقال (رأس الدين النصيحة)[٢٩] [٣٠] ولان المتعارف كالمنطوق به ، والدليل عليه : نقد البلد ،[٣١] والمتعارف ان لا تباع السلعة الا بثمنها ، فصار كما لو قال : بع بثمنها ،[٣٢] ولانه لا يملك عندهم بيعه من ولده ، ولا مكاتبه ،[٣٣] خوفا من محاباة متوهمة ،[٣٤] فلأن لا يملك محاباة متحققة أولى .[٣٥]

قالوا : أمر عام فيما يملكه ،[٣٦] فحمل على العموم ،[٣٧] كقول صاحب الشرع .[٣٨]

= وقال البخارى : لم يلق عبادة . أهـ

ورواه ابن ماجة أيضا عن ابن عباس مرفوعا بلفظه ، لكن قال فى الزوائد : فى اسناده جابر الجعفى ، متهم . أهـ رقم الحديث / ٢٣٤١ .

(٢٩) سقط قوله (رأس) من نسخة ((ب)) .

(٣٠) الحديث رواه مسلم جـ١ ص ٧٤ . كتاب الايمان ، باب بيان ان الدين النصيحة رقم / ٩٥ . عن تميم الدارى مرفوعا ولكن بلفظ : الدين النصيحة . قلنا : لمن ؟ قال : لله ولكتابه ولرسوله ولائمة المسلمين وعامتهم . أهـ.
ورواه البخارى تعليقا فى كتاب الايمان ، باب قول النبى صلى الله عليه وسلم : الدين النصيحة لله ولرسوله ولائمة المسلمين وعامتهم . أهـ .

(٣١) حيث لا يجوز للوكيل أن يبيع الا بنقد البلد ، اذا اطلق الموكل ذلك ولم يقيده بنقد معين . وكذلك اذا أطلق المتبايعان الثمن حمل على نقد البلد لانه المتعارف فكان كما لو نطقا به .

(٣٢) أى فلا يجوز لبعد ذلك البيع بأقل من ثمن مثلها قطعا .

(٣٣) أنظر الهداية جـ٧ ص ٦٩ وفتح القدير عليه .

(٣٤) أى من الوكيل لولده أو مكاتبه .

(٣٥) وذلك فيما اذا باع بأقل من ثمن المثل .

(٣٦) حيث وكله ببيع ماله واطلق ، فلم يقيده بثمن معين .

(٣٧) أى فيجوز له البيع بمثل أو أقل أو أكثر من ثمن المثل .

(٣٨) حيث اذا اطلق اللفظ حمل على العموم ، ولا يخصص الا بمخصص .

قلنا : يبطل به اذا باع من ابنه ومكاتبه ،[٣٩] ولانه وان كان[٤٠] عاما الا أنه يختص بالعرف ، ولهذا لو قال : بع بالف[٤١] ، حمل على نقد البلد ،[٤٢] ولهذا قالوا : اذا قال : اشتر بدرهم طعاما ، حمل على الخبز ، ولو قال[٤٣] : بعشرة طعاما ، حمل على الدقيق ،[٤٤] واذا قال في الشتاء : اشتر لي جبة ، لم يجز أن يشتريها في الصيف .[٤٥]

---

(٣٩) اذ لا يجوز له بيعه منهما الا بثمن المثل خوف المحاباة ، مع ان لفظ التوكيل فيه عام . وقد خصص هاهنا ، فلم يبق على عمومه .

(٤٠) أى لفظ التوكيل بالبيع .

(٤١) سقط لفظ الامر (بع) من نسخة ((ب)) .

(٤٢) أى مع كون اللفظ مطلقا عن القيد بنقد البلد .

(٤٣) فى نسخة ((ب)) : وان قال .

(٤٤) اذ لم تجر العادة الشراء بعشر دراهم خبزا لكثرته .
وقد قالوا : ان كانت الدراهم كثيرة حمل على البر، وان كانت قليلة حمل على الخبز ، وان كانت بين ذلك حمل على الدقيق . والمرجع فى ذلك الى العرف . وهذا القول لأبى جعفر الهندوانى . كما فى حاشية الشلبى . وقال بعض مشايخ ماوراء النهر : الطعام فى عرفنا ينصرف الى ما يمكن اكله يعنى المهيأ للأكل ، كاللحم المطبوخ والمشوى ونحوه ، وقال الصدر الشهيد رحمه الله : وعليه الفتوى . أهـ التبيين جـ٤ ص ٢٦٠ وأنظر حاشية الشلبى عليه .

(٤٥) لان العادة جرت بلبس الجبة فى الشتاء ، فحمل الامر بشرائها على الوقت الذى صدر فيه ، وهو الشتاء ، فلا يكون ممتثلا بشرائها فى الصيف .

قالوا : اقامه مقام نفسه ، فباع بما يبيع به .(٤٦)

قلنا : يبطل به اذا باع من ابنه أو مكاتبه .(٤٧)

قالوا : قد يباع الشئ للثمن (٤٨)، وقد يباع للخلاص منه (٤٩)، ولهذا قال صلى الله عليه وسلم : (اذا زنت امة أحدكم فليبعها ولو بضفير) (٥٠) ومن يريد

---

(٤٦) أى فلا يتقيد بثمن المثل .

(٤٧) حيث يلتزم الوكيل ببيعهما بثمن المثل ، أى ولا كذلك الموكل ، حيث يجوز له البيع بما شاء ، فبطل أن يكون فى اقامته مقام نفسه ما يجيز له البيع بما شاء سواء كان أقل أو أكثر أو مثل ثمن المثل .

(٤٨) أى فيراعى فيه ثمن المثل .

(٤٩) سقط لفظ (منه) من نسخة ((ب)) ./ أى فيباع وان بأقل من ثمن المثل .

(٥٠) رواه البخارى جـ٤ ص ١٨٢ كتاب الحدود . باب اذا زنت الامة ، عن زيد بن خالد الجهنى وأبى هريرة رضى الله عنهما ان رسول الله صلى الله عليه وسلم سئل عن الامة اذا زنت ولم تحصن ، قال : اذا زنت فاجلدوها ، ثم ان زنت فاجلدوها ، ثم ان زنت فاجلدوها ، ثم بيعوها ولو بضفير . قال ابن شهاب : لا أدرى بعد الثالثة أو الرابعة . أهـ
ورواه مسلم جـ٣ ص ١٣٢٩ كتاب الحدود . باب رجم اليهود ، أهل الذمة فى الزنى ، رقم / ٣٢ عن أبى هريرة مرفوعا ، بلفظ البخارى .
ورواه أبو داود جـ٤ ص ١٦٠ كتاب الحدود باب فى الامة تزنى ولم تحصن ، عن أبى هريرة وزيد بن خالد بلفظ البخارى أيضا .
ورواه أيضا عن أبى هريرة مرفوعا بلفظ : اذا زنت أمة أحدكم فليجلدها ولا يعيرها ثلاث مرار ، فان عادت فى الرابعة فليجلدها وليبعها بضفير أو بحبل من شعر . أهـ رقم / ٤٤٧٠ .
ورواه ابن ماجه جـ٢ ص ٨٥٧ كتاب الحدود ، باب اقامة الحدود على الاماء رقم / ٢٥٦٦ عن عائشة مرفوعا ، بلفظ البخارى ، الا أن فى سند ابن ماجه =

الثمن فانه يبين ، فلما (٥١) أطلق دل على أنه لم يرد الثمن . (٥٢)

قلنا : الا أن الغالب ان لا يباع (٥٣) الا للثمن ، وانما لم يبين (٥٤) مقدار الثمن اعتمادا على العرف ، فوجب أن يحمل على العرف ، (٥٥) ثم هذا (٥٦) يبطل بالشراء . (٥٧)

= عمار بن أبى فروة ، قال فى الزوائد : وهو ضعيف ، كما ذكره البخارى وغيره ، وذكره ابن حبان فى الثقات . أهـ .

والضفير كما فسره ابن شهاب : هو الحبل . أنظر صحيح مسلم جـ٣ ص١٣٢٩ رقم / ٣٢ .

(٥١) فى نسخة ((ب)) : فاذا اطلق .

(٥٢) أى فكان للوكيل البيع بما شاء من الثمن أقل أو أكثر من ثمن المثل .

(٥٣) فى نسخة ((ب)) : الغالب انه .

(٥٤) فى نسخة ((ب)) : لم يبين له . / أى للوكيل .

(٥٥) أى والعرف يقضى بأن يبيع الوكيل للموكل بثمن المثل .

(٥٦) أى قولهم بأنه قد يباع للخلاص منه .

(٥٧) حيث لا يجوز للمشترى شراء ما اضطر البائع الى بيعه .

لما روى أبو داود جـ٣ ص ٢٥٥ . كتاب البيوع . باب فى بيع المضطر ، رقم / ٣٣٨٢ عن شيخ من بنى تميم قال : خطبنا على بن أبى طالب ، أو قال : قال على ، سيأتى على الناس زمان عضوض ، يعض الموسر على مافى يديه ، ولم يؤمر بذلك ، قال الله تعالى (ولا تنسوا الفضل بينكم) ويبايع المضطرون ، وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع المضطر ، وبيع الغرر ، وبيع الثمرة قبل ان تدرك . أهـ .

قال المنذرى : فى اسناده مجهول . أهـ يعنى شيخ بنى تميم المذكور ، مختصر سنن أبى داود جـ٥ ص ٤٨ . رقم / ٣٢٤٢ .

قال الخطابى : بيع المضطر يكون من وجهين : أحدهما : ان يضطر الى العقد من طريق الاكراه عليه ، فهذا فاسد لا ينعقد . =

* مسألة (١٨٧) : لا يجوز للوكيل أن يبيع بثمن مؤجل (١) . / ١٦٤ش.
وقال أبو حنيفة : يجوز. (٢)

= والوجه الآخر : ان يضطر الى البيع لدين يركبه أو مؤنة ترهقه ، فيبيع مافي يده بالوكس من اجل الضرورة ، فهذا سبيله في حق الدين والمروءة : ان لا يبايع على هذا الوجه ، وان لا يفتات عليه بماله ، ولكن يعان ويقرض ويستمهل له الى الميسرة حتى يكون له في ذلك بلاغ ،
فان عقد البيع مع الضرورة على هذا الوجه جاز في الحكم ولم يفسخ . أهـ
معالم السنن جـ٥ ص ٤٧ .

(١) ومحله: اذا اطلق الموكل ولم يبين .
أنظر: المختصر ص ١١١ . الوجيز جـ١ ص ١٩٠ . المنهاج ص ٦٥ .
وهو قول الحنابلة: شرح المنتهى جـ٢ ص ٣٠٥ . كشاف القناع جـ٣ص ٤٦٣ .
وخرج في المغني جـ٥ ص ٩٧ رواية أخرى انه يجوز لانه معتاد ، تخريجا على الرواية في المضارب . ثم قال : والاول أولى . أهـ .
واليه ذهب المالكية : القوانين ص ٣٥٦ . اسهل المدارك جـ٢ ص ٣٨١ .
ولم أقف على نص لابن حزم في ذلك .

(٢) ومحله : مالم يكن في لفظه مايدل على البيع بالنقد ، كأن يقول : بع هذا العبد فاقض ديني ، أو بع فان الغرماء يلازمونني . ونحو ذلك .
وخالف الصاحبان فمنعا البيع نسيئة اذا اطلق الموكل لفظ البيع ، الا أن يكون ذلك البيع مما تعارف الناس فيه التأجيل .
أنظر : فتح القدير جـ٧ ص ٧٢ . التبيين جـ٤ ص ٢٧٠ . مجمع الانهر : جـ٢ ص ٢٣٦ .
وأشار الأخير الى أن محل جوازه عند أبي حنيفة هو مااذا كان المال للتجارة والا فلا ، كأن كان للحاجة كما لو دفعت امرأة غزلا لرجل ليبيعه لها ، تعين النقد . وعليه الفتوى . وأنظر الدر المنتقى جـ٢ ص ٢٣٦ .

لنا : انه توكيل مطلق فى أحد شطرى البيع [٣] ، فلم يملك به التأجيل ، كالشراء [٤] ، ولأن المتعارف فى البيع الحلول [٥] ، والتأجيل انما يكون لكساد [٦] أو فساد [٧] ، والمتعارف كالمشروط ، كما لو [٨] قال : بع حالا [٩] .

قالوا : مدة [١٠] ملحقة بالبيع ، فملك [١١] شرطها [١٢] ، كالخيار [١٣] .

---

(٣) لعقد البيع شطران : أحدهما : البيع ، والثانى : الشراء .

(٤) حيث لا يملك الوكيل لشراء بثمن مؤجل .
بجامع ان كلا توكيل مطلق فى أحد شطرى البيع. اما الاصل فالشراء واما الفرع فالبيع .
ولما كان حكم الاصل عدم جواز التأجيل فيه ، كان حكم الفرع كذلك فلا يجوز التأجيل فى البيع أيضا لذلك .

(٥) أى واللفظ اذا اطلق حمل على المتعارف فيه .

(٦) الكساد هو عدم نفاق - بفتح الأول والثانى - السلعة ، لقلة الرغبة فيها ، تقول : كسد الشئ يكسد من باب قتل ، كسادا ، فهو كاسد وكسيد ، ويتعدى بالهمزة ، تقول : اكسده الله ، والمؤنث فيه بلا هاء : كسدت السوق فهى كاسد . والحقها بها فى التهذيب - اسم كتاب فى اللغة - وأصل الكساد : الفساد .
أنظر المصباح جـ٢ ص ١٩٣ .

(٧) أى فى السوق .

(٨) سقط حرف (لو) من الاصل ، وأثبتناه من نسخة ((ب)) .

(٩) فانه لا يجوز له البيع نسيئة ، لمخالفته لما أمر به .

(١٠) صفة لموصوف محذوف ، تقديره : التأجيل مدة .. الخ .

(١١) أى الوكيل .

(١٢) أى فى عقد البيع .

(١٣) حيث للوكيل اشتراطه فى البيع .
بجامع ان كلا مدة ملحقة بالبيع ، اما الاصل فالخيار واما الفرع فالتأجيل . =

قلنا : في أحد الوجهين لا يملك شرط الخيار للمشترى[١٤]، وان سلم[١٥]، فلأنه لا ضرر في الخيار ، وفى الاجل ضرر[١٦]، لانه يسلم[١٧] المبيع من غير ثمن[١٨] .

* مسألة (١٨٨) : لا يجوز للوكيل أن يبيع بغير نقد البلد[١] . / ١٦٤ ش .

= ولما كان حكم الاصل صحة اشتراطه من الوكيل فى العقد ، كان حكم الفرع كذلك ، فيجوز له اشتراط النسيئة فيه أيضا لذلك .

(١٤) أنظر فتح العزيز جـ ١١ ص ٧٠ .

(١٥) أى بصحة اشتراط الوكيل الخيار للموكل فى البيع .

(١٦) أى فبطل أن يقاس أحدهما على الاخر للفارق المذكور .

(١٧) أى الوكيل .

(١٨) أى وقد يكون الموكل فى حاجة الى الثمن ، فيقع فى الحرج .

(١) ومحله : اذا اطلق الموكل ولم يعين لە نقدا يبيع به .
قال القليوبى على قول النووى : بغير نقد البلد قال : أى بلد البيع لا بلد التوكيل ،
والمراد بنقدها : ما يتعامل به فيها ولو عرضا . أهـ قليوبى جـ ٢ ص ٣٤١ .
أنظر : فتح العزيز جـ ١١ ص ٢٦ . المنهاج ص ٦٥ .
وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى جـ ٢ ص ٣٠٥ . كشاف القناع : جـ ٣ ص ٤٦٣ . المغنى جـ ٥ ص ٩٧ .
واليه ذهب المالكية : الشرح الكبير جـ ٣ ص ٣٨٢ . الجواهر جـ ٢ ص ١٢٧ . شرح المنح جـ ٣ ص ٣٦٤ .
لم أقف على قول ابن حزم صريحا فى هذه المسألة .

وقال أبو حنيفة : يجوز.(٢)

لنا : انه عدل عن نقد البلد(٣) في توكيل مطلق في البيع ، فأشبه اذا استأجره.(٤) ولان المتعارف في البيع هو النقد ، والمتعارف كالمشروط،(٥) كما لو قال(٦) : بع بالنقد.(٧) ولانه لم ينص له على غير النقد(٨) ، فلم يملك البيع به(٩) ، كما لو قال : بع لأقضي ديني.(١٠)

---

(٢)

(٣) زاد في نسخة ((ب)) : عن نقد البلد الى غيره .

(٤) حيث يستحق عليه الاجرة بنقد البلد ، ولا يجوز له العدول عنه الى غيره .
بجامع العدول عن نقد البلد في عقد مطلق ، في كل من الاصل وهو مالو استأجره ، والفرع وهو مالو وكله .
ولما كان حكم الاصل عدم اعطائه الاجرة بغير نقد البلد ، كان حكم الفرع كذلك فلا يبيع الوكيل بغير نقد البلد أيضا لذلك .

(٥) زاد في نسخة ((ب)) : فصار كما قال ... الخ .

(٦) سقط حرف (لو) من نسخة ((ب)) .

(٧) أي فينصرف هذا الاطلاق فيه الى نقد البلد .

(٨) أي نقد المتعارف فيه .

(٩) أي بغير نقد البلد .

(١٠) حيث لا يجوز له البيع نسيئة ، لأن في قوله : لاقضي ديني ، اشارة الى البيع نقدا والمنع منه نسيئة .
بجامع عدم النص على غير النقد في كل من الاصل وهو مالو قاله له : بع لاقضي ديني ، والفرع وهو مالو وكله في البيع واطلق .
ولما كان حكم الاصل هو عدم جواز البيع بغير النقد ، كان حكم الفرع كذلك فلا يبيع الوكيل بغير نقد البلد أيضا لذلك .

قالوا : من جاز أن يبيع بنقد البلد ، جاز أن يبيع بغيره ، كالوصى .[(١١)]

قلنا : يبطل به اذا نص له على نقد البلد ،[(١٢)] ثم الوصى يملك ،[(١٣)] أن يستأجر به ،[(١٤)] ولا يملك الوكيل .[(١٥)]

* مسألة (١٨٩) : اذا وكله فى بيع عبد فباع نصفه ،[(١)] لم يصح البيع .[(٢)] /١٦٤ش .

---

(١١) حيث يجوز له البيع بنقد البلد وبغير نقده .
بجامع جواز البيع بنقد البلد ، فى كل من الاصل وهو الوصى ، والفرع وهو الوكيل .
ولما كان حكم الاصل جواز بيعه بغير نقد البلد ، كان حكم الفرع كذلك فيجوز للوكيل البيع بغير نقد البلد أيضا لذلك .

(١٢) حيث لا يجوز له البيع بغيره ، فبطلت العلة التى ذكروا ، لتخلفها فيما لو أمره بالبيع بنقد البلد . وبه يبطل القياس لكونها علة قاصرة .

(١٣) فى نسخة ((ب)) : ثم الوصى ملك .

(١٤) أى بغير نقد البلد .

(١٥) أى الاستئجار للموكل بغير نقد البلد .
وهذا فارق بين الاصل والفرع فى قياسهم الوكيل على الوصى ، والقياس معه باطل .

(١) أى بنصف الثمن . فان باع نصفه بكل الثمن صح ، لانتفاء الضرر عن الموكل .

(٢) الوجيز جـ١ ص ١٩٢ : ثم الوكيل مهما خالف فى البيع بطل تصرفه . أهـ
ونص فى فتح العزيز على المسألة جـ١١ ص٧٠ : ولو أمره بشراء عبد أو بيع عبد لم يكن له أن يعقد على بعضه أهـ .
وفى المنهاج ص ٦٥ : ومتى خالف الموكل فى بيع ماله أو الشراء بعينه فتصرفه باطل . أهـ
واليه ذهب ابن حزم . فقد قال فى المحلى جـ٩ ص١١٢ : ولا يحل للوكيل تعدى ما أمره به موكله ، فان فعل ، لم ينفذ فعله ، فان فات ضمن ، . . . لانه لم يؤمر بذلك . أهـ .

وقال أبو حنيفة : يصح.(٣)

لنا : هو(٤) أنه توكيل في أحد شطري البيع(٥) في عبد، فلم يملك(٦) في نصفه(٧)، كما لو وكله في شراء عبد.(٨)

قالوا : ادخل عليه الضرر فيما أبقي في ملكه،(٩) فأشبه اذا وكله في بيع

---

(٣) خلافا للصاحبين : الهداية جـ٧ ص٧٩. التبيين جـ٤ ص٢٧٢. مجمع الأنهر جـ٢ ص٢٣٨.
ومحله عند الصاحبين: مالم يبع نصفه الاخر قبل الخصومة.
وبقول الصاحبين يقول الحنابلة: شرح المنتهى جـ٢ ص٣١١. كشاف القناع جـ٣ ص٤٦٥. المغني جـ٥ ص٩٦.
وذهب المالكية الى أن الموكل مخير بين اجازة البيع ورده، ان كان المبيع قائما، فان فات خيرا لموكل بين الاجازة وتضمين الوكيل.
أنظر: الخرشي جـ٦ ص٧٤. الشرح الكبير جـ٣ ص٣٨٤. شرح المنح جـ٣ ص٣٦٨.

(٤) سقط لفظ (هو) من نسخة ((ب)).

(٥) لعقد البيع شطران : أحدهما : البيع. ثانيهما : الشراء.
والمقصود هنا الأول.

(٦) أي الوكيل.

(٧) أي في نصف الشطر الأول من العقد، وهو البيع.

(٨) حيث لا يجوز للوكيل شراء نصفه.
بجامع ان كلا توكيل في أحد شطري البيع في عبد، اما الاصل فالشراء واما الفرع فالبيع.
ولما كان حكم الاصل عدم جواز شراء الوكيل نصف العبد، كان حكم الفرع كذلك فلا يجوز له بيع نصف العبد أيضا لذلك.

(٩) وهو النصف الثاني من العبد فقط. فصح فيما لم يدخل عليه الضرر فيه وهو النصف المبيع.

عبدين فباع أحدهما وجنى على الآخر .(١٠)

قلنا : هناك(١١) لم يضر به بالعقد ، (١٢) وهاهنا(١٣) أضر به بالعقد ، (١٤) والمأذون(١٥) فيه ، عقد من غير اضرار.(١٦)

* مسألة (١٩٠) : اذا وكله في البيع فباع من ابنه أو مكاتبه (١) جاز في أحد الوجهين.(٢) / ١٦٥ ى.

---

(١٠) حيث يصح البيع في العبد المبيع .

بجامع ادخال الضرر على الموكل فيما ابقى الوكيل في ملكه ، في كل من الاصل وهو مالو وكله ببيع عبدين فباع أحدهما وجنى على الآخر ، والفرع وهو مالو وكله ببيع عبد فباع نصفه .

ولما كان حكم الاصل صحة البيع فيه ، كان حكم الفرع كذلك فيصح البيع في نصف العبد أيضا لذلك .

(١١) أي في بيع أحد العبدين والجناية على الآخر .

(١٢) لوقوع العقد من الوكيل في محله على أحد العبدين . فلا يضره تخلف العقد في الثاني لانه مستقل عن الأول .

(١٣) أي في بيع نصف العبد .

(١٤) حيث عقد على بعضه ، فيما لم يجد له راغبا في النصف الثاني منه ،

(١٥) أي للوكيل .

(١٦) أي وفي بيع نصف العبد ، عقد فيه اضرار فيبطل ، ولا يصح قياسه على بيع أحد العبدين والجناية على الآخر ، للفارق المذكور بينهما .

(١) في نسخة ((ب)) : أو أبيه .

(٢) في نسخة ((ب)) : في أحد القولين . / والصواب مافي الاصل .

أنظر : الوجيز جـ١ ص١٩٠ . وقد نص في فتح العزيز جـ١١ ص٢٩٠ على أنهما وجهان ، وان الاصح منهما هو الجواز . وكذا في المنهاج ص٦٥ .

ومحل هذين الوجهين مالو كان ابنه بالغا ، والا فلا يصح بيعه له بلا خلاف في المذهب ، لانه يستقصي له في الاسترخاص ، لزيادة عطفه عليه ، وغرض الموكل =

وقال أبو حنيفة : لا يجوز ، وروى عنه أنه قال : يجوز أن يبيع منه بثمن المثل[٣] .

لنا : انه ملك البيع بتفويض مطلق ، فملك البيع من ابنه ، كالوصي[٤] ولا ن من

= الاستقصاء في البيع للأكثر ، وهما غرضان متضادان ، كما في فتح العزيز : جـ ١١ ص ٢٩ .

ومنع المالكية في المشهور ابتياع الوكيل لنفسه ومحجوره كولده الصغير من الموكل ، دون رقيقه المأذون ولو حكما كمكاتبه ، كما نص عليه الدسوقي ومحل جوازه مالم يحابه .

أنظر : الشرح الكبير جـ ٣ ص ٣٨٧ . وحاشية الدسوقي عليه ص ٣٨٨ ، الجواهر جـ ٢ ص ١٢٨ . شرح المنح جـ ٣ ص ٣٧٤ .

ومحل المنع لنفسه ومحجوره مالم يأذن له الموكل أو لم يحضر عقد الابتياع .

(٣) ومحل المنع إذا لم يطلق له الموكل ، والا بان قال : بع ممن شئت ، فيجوز بيعه لهم بمثل القيمة .

خلافا للصاحبين حيث اجازا عقده مع ابنه بثمن المثل ، دون مكاتبه وعبده ، لانهما ملكه .

أنظر الهداية جـ ٧ ص ٦٩ وشرح العناية . التبيين جـ ٤ ص ٢٦٩ وذكر الرواية الثانية عن أبي حنيفة في ص ٢٧٠ . مجمع الانهر جـ ٢ ص ٢٣٥ .

وذهب الحنابلة الى المنع فيهما : شرح المنتهى جـ ٢ ص ٣٠٩ . كشاف القناع جـ ٣ ص ٤٦٢ .

وذكر في المغني جـ ٥ ص ٨٥ رواية أخرى بالجواز فيهما .

ولم أقف لابن حزم على قول له في هذه المسألة .

(٤) حيث يملك البيع من ابنه .

بجامع ان كلا ملك البيع بتفويض مطلق ، اما الاصل فالوصي واما الفرع فالوكيل . ولما كان حكم الاصل الجواز كان حكم الفرع كذلك فيجوز بيعه من ابنه ومكاتبه أيضا لذلك .

جاز له أن يبيع منه اذا نص عليه (٥) الموكل ، جاز بمطلق الوكالة ، كالأخ. (٦)

قالوا : ربما أقر باستيفاء الثمن، (٧) فيبطل (٨) حق الموكل. (٩)

قلنا : اذا لم نجعل اليه استيفاء الثمن ، (١٠) لم يملك الاقرار. (١١)

قالوا : ابنه بمنزلة نفسه ، ولهذا لا تقبل شهادته له ، (١٢) وتصير جاريته بالاستيلاد أم ولده ، فصار كما لو باع من نفسه. (١٣)

---

(٥) فى نسخة ((ب)) : اذا نص له الموكل .

(٦) حيث يجوز للوكيل البيع له اذا اطلق الموكل الوكالة فى البيع .
بجامع جواز البيع له مع النص عليه فى كل من الاصل وهو الأخ والفرع وهو الابن والمكاتب .
ولما كان حكم الاصل جواز البيع لمطلق الوكالة ، كان حكم الفرع كذلك فيجوز البيع للابن والمكاتب أيضا لذلك .

(٧) أى والحال انه لم يقبض .

(٨) فى نسخة ((ب)) : ليبطل .

(٩) لان الموكل أمين ، فهو مصدق فيما أقر به . أنظر حاشية الشلبى جـ٤ ص٢٦١ .

(١٠) بأن وكله بالشراء فقط ، ومنعه من استيفاء الثمن .

(١١) أى باستيفاء الثمن ، لانه ليس من حقه . فبطل بذلك الاحتمال الذى ذكروا فى المنع من البيع للابن والمكاتب .

(١٢) لانه متهم فى أنه يجر له بها نفعا .

(١٣) حيث لا يجوز له البيع من نفسه قطعا الا باذن الموكل ، فأولى أن يمنع البيع من ولده ومكاتبه ، لانهما بمنزلته .
بجامع اتحاد جهة العقد ، فى كل من الاصل وهو مالو باع من نفسه والفرع وهو مالو باع من ولده أو مكاتبه .
ولما كان حكم الاصل عدم جواز أن يبيع الوكيل من نفسه ما وكل فى بيعه كان حكم الفرع كذلك فلا يجوز له البيع من ولده أيضا لذلك .

قلنا : الادلة في هذا [14] متعارضة ، فان في كثير من الأحكام ، ليس كنفسه الا ترى أنه يبيع منه ماله ، ويستحق عليه الحقوق ، فهو كالأجنبي ، [15] ولانه يبطل به اذا نص له [16] عليه . [17]

* مسألة (١٩١) : اذا وكله في شراء عبد ، فاشترى عبدا أعمى ، لم يصح [1] الشراء للموكل ٠/١٦٥ى ٠

---

(١٤) أي في كون ابنه بمنزلته .

(١٥) أي فجاز له البيع منه لذلك .

(١٦) سقط لفظ (له) من نسخة ((ب)) ٠ / أي اذا نص الموكل للوكيل على جواز البيع من ولده .

(١٧) حيث يجوز له العقد له حينئذ ، فبطل به اعتبارهم اياه بمنزلة نفسه ، في المنع من البيع له .

(١) ومحله ان علم الوكيل بالعيب ، ثم في شرائه المعيب تفصيل ، قال النووي : واذا وكله في شراء لا يشترى معيبا ، فان اشتراه في الذمة وهو يساوى مع العيب ما اشتراه به ، وقع عن الموكل ان جهل العيب ، وان علمه فلا في الاصح ، وان لم يساوه لم يقع عنه ان علمه ، وان جهله وقع في الأصح ، - ثم بين الحكم فيما اذا لزم عقد البيع للموكل ولم يرض به للعيب فقال : - واذا وقع للموكل ، فلكل من الوكيل والموكل الرد . أ هـ المنهاج ص ٦٥ ٠
وأنظر الوجيز جـ١ ص ١٩١ ٠ وفي فتح العزيز جـ١١ ص ٣٨ : فلو خالف ماذكرناه - أي من وجوب شراء السليم - واشترى المعيب ، نظر ان كان مع العيب يساوى ما اشتراه به ، فان جهل العيب وقع عن الموكل ، وان علمه فثلاثة أوجه : أظهرها أن لا يقع عنه ، لتقييد الاذن بالسليم . والثاني : يقع ، لانه لا نقصان في المالية ، والصيغة عامة . والثالث : يفرق بين ما يمنع من الاجزاء في الكفارة اذا كان المبيع عبدا وبين مالا يمنع - أي من العيوب في العبد - أهـ .

=

وقال أبو حنيفة : يصح .(٢)

لنا : هو ان اطلاق البيع يقتضى سلامة المبيع(٣)، ولهذا اذا خرج معيبا ثبت له(٤) الخيار ، واذا ثبت هذا قلنا : عدل عما يقتضيه اطلاق الأمر، فأشبه اذا قال : اشتر لى عبدا فاشترى له أمة .(٥)

= وبعدم صحة شراء المعيب للموكل ان علم الوكيل بالعيب يقول الحنابلة أيضا .

أنظر : شرح المنتهى جـ٢ ص ٣١٢ . كشاف القناع جـ٣ ص ٤٦٦ . المغنى جـ٥ ص ١٠١ .

وهو قول المالكية . ومحله: ان لم يرضه الموكل ، فيلزم الوكيل الا أن يكون له فيه خيار لم ينقض زمنه ، فله رده على البائع ان لم يعلم به قبل البيع . والا لزمه دون الموكل .

أنظر : الشرح الكبير جـ٣ ص ٣٨٤ . الجواهر جـ٢ ص ١٢٧ . شرح المنح : جـ٣ ص ٣٦٨ .

ويشبه أن يكون هذا قول ابن حزم أيضا ، فانه يبطل البيع والشراء اذا خالف الوكيل ما أمره به الموكل . وأمره المطلق بالشراء يحمل على السلامة فى المبيع، والا عمى معيب فلا يلزم الموكل . أنظر المحلى جـ٩ ص ١١٣ .

(٢) أى ويلزم الموكل عند أبى حنيفة ، خلافا لهما .
أنظر المبسوط جـ١٩ ص ٣٩ .

(٣) لكونه المتبادر عند الاطلاق .

(٤) أى للوكيل .

(٥) حيث لا يصح الشراء فيه للموكل .

بجامع العدول عما يقتضيه اطلاق الامر فى كل من الاصل وهو مالو قال اشتر لى عبدا فاشترى له أمة ، والفرع وهو مالو وكله بشراء عبد فاشتراه أعمى .

ولما كان حكم الاصل هو عدم لزومه للموكل ، كان حكم الفرع كذلك فلا يلزم العبد الأعمى للموكل أيضا لذلك .

قالوا : الأمر عام .(٦)

قلنا : الا أن العرف يخصه ،فحمل على ما يقتضيه العرف .(٧)

* مسألة (١٩٢) : اذا وكل فى شراء شاة بدينار ،فاشترى شاتين بدينار كان الجميع للموكل فى أحد الوجهين .(١) / ١٦٥ى .

---

(٦) أى فيتناول كل عبد بكل صفة ،لصدق اللفظ عليه ،فلزم الموكل لذلك .

(٧) وهو السلامة فى المبيع ،والقاعدة أن العادة محكمة فيخص بها العام ويقيد بها المطلق كما فى سن الحيض والبلوغ والا فعال المنافية للصلاة والتأخير المانع من الرد بالعيب ونحو ذلك حيث اعتبرت العادة فيه .
أنظر أشباه السيوطى ص ٩٠ .

(١) ومحله:اذا كانت الشاة الثانية مساوية للأولى فى الصفة بأن كانت كل واحدة منهما تساوى دينارا ، والا لم يصح الشراء للموكل .
والقول المذكور هو أصح القولين . والثانى تكون أحداهما للموكل بنصف دينار لانه لم يأذن الا بشراء واحدة ، ولكن ينظر ان اشتراها فى الذمة فللموكل واحدة بنصف دينار،والاخرى للوكيل ، ويرد على الموكل نصف دينار .
أنظر: فتح العزيز جـ١١ ص ٤٩وص ٥٠ . الوجيز جـ١ ص ١٩١ . المنهاج :ص٦٥ .
وهو قول الحنابلة: شرح المنتهى جـ٢ ص ٣١١ . كشاف القناع جـ٣ ص ٤٦٦ .
المغنى جـ٥ ص ١٠٠ .
وبه يقول المالكية ،ومحل لزومهما للموكل:هو ما اذا لم يمكن افرادها بأن لم يرض البائع ببيع احداهما دون الاخرى ،وكانتا معا على الصفة .
والا بان أمكن افرادهما فيخير الموكل فى احداهما لا بعينها ان كانتا على الصفة ،فان كانت احداهما على الصفة دون الاخرى لزم الموكل التى هى على الصفة ويخير فى الثانية ،اذا كانت بعقدين منفردين .
=

وقال أبو حنيفة : أحداهما(٢) للوكيل بنصف دينار(٣).

لنا : ان النبى صلى الله عليه وسلم دفع الى عروة البارقى(٤) دينارا وقال : ائت الجلب(٥) فاشتر لنا شاة ، (٦) فاشتريت شاتين بدينار ، فلقيني رجل فى

= وان لم تكن واحدة منهما على الصفة خير فيهما سواء كانتا بعقد أوبعقدين منفصلين .
أنظر : الشرح الكبير جـ٣ ص ٣٨٥ ، وحاشية الدسوقى عليه . الجواهر جـ٢ ص ١٢٨ . شرح المنح جـ٣ ص ٣٧٠ .

(٢) فى نسخة ((ب)) : احدهما . / أى المبيعين . وهو الشاة .

(٣) أى والاخرى للوكيل . خلافا لابى يوسف حيث جعلهما للموكل . واختلفت الرواية عن محمد بن الحسن فيها .
أنظر قولهم : ولو وكله بشراء عشرة ارطال لحم بدرهم ، فاشترى عشرين رطلا بدرهم مما يباع منه عشرة بدرهم ، لزم الموكل منه عشرة بنصف درهم . أهـ ومثلها مسألة الشاتين هذه .
أنظر : الهداية جـ٧ ص ٣٨ . التبيين جـ٤ ص ٢٦٢ . مجمع الانهر جـ٢ ص ٢٣٣ .
وذهب ابن حزم الى لزوم هذا العقد للوكيل فقط ، وليس للموكل منه شئ بل ولا يملك امضاءه أصلا ، لان الوكيل فعل خلاف ما أمره به الموكل فكان العقد له دونه . وضعف حديث عروة الآتى بالانقطاع ، أنظر المحلى جـ٩ ص ١١٣ .

(٤) أنظر ترجمته فى المسألة رقم (٦٨) هامش (٢٦) .

(٥) الجلب : بفتح الأول والثانى هو المكان الذى تجلب اليه الماشية لتباع فيه وهو سوقها ، تقول جلبت الشئ جلبا من باب ضرب وقتل ، والجلب بفتحتين على وزن فعل بمعنى مفعول ، وهو ما تجلبه من بلد الى بلد . أنظر المصباح جـ١ ص ١١٣ .

(٦) زاد فى نسخة ((ب)) : قال : فاشتريت .. الخ .

الطريق فساومني(٧) فابتعته(٨) شاة بدينار وجئت بالدينار وبالشاة فقلت : يارسول الله ، هذا ديناركم وهذا(٩) شاتكم وحدثته الحديث فقال : اللهم بارك(١٠) في صفقة يمينه(١١) .

---

(٧) المساومة : المجاذبة بين البائع والمشتري على السلعة وفصل ثمنها ، يقال : سام يسوم سوما ، وساوم واستام . أهـ . النهاية جـ٢ ص ٤٢٥ .

(٨) في نسخة ((ب)) : فبعته . / وهي تفسير لما في الاصل .

(٩) في نسخة ((ب)) : وهذه شاتكم .

(١٠) زاد في نسخة ((ب)) بارك له .

(١١) الحديث رواه أبو داود جـ٣ ص ٢٥٦ كتاب البيوع ، باب في المضارب يخالف ، رقم / ٣٣٨٤ وسنده : حدثنا مسدد ، ثنا سفيان ، عن شبيب ابن غرقدة ، حدثني الحي ، عن عروة يعني ابن أبي الجعد البارقي ، قال : أعطاه النبي صلى الله عليه وسلم دينارا يشتري به أضحية أو شاة ، فاشترى شاتين ، فباع أحداهما بدينار ، فأتاه بشاة ودينار فدعا له بالبركة في بيعه ، فكان لو اشترى ترابا لربح فيه .
ثم رواه من طريق أبي لبيد عن عروة به مع اختلاف في اللفظ .
ورواه ابن ماجه من طريق أبي لبيد أيضا جـ٢ ص ٨٠٣ كتاب الصدقات باب الامين يتجر فيه فيربح . رقم / ٢٤٠٢ وهو بلفظ مارواه المصنف .
ومن طريق أبي لبيد وهو لمازة بن زياد رواه الترمذي أيضا جـ٣ ص ٥٥٩ ، كتاب البيوع ، باب رقم ٣٤ ، رقم الحديث / ١٢٥٨ .
قال المنذري : وهو من هذه الطريق حسن . أهـ يعني طريق لبيد . مختصر أبي داود جـ٥ ص ٥١ واما طريق شبيب ففيها مجهول وفي سنده انقطاع أيضا .
وقد ضعفه الشافعي والبيهقي جـ٦ ص ١١٣ كتاب القراض باب المضارب يخالف .
وضعفه ابن حزم أيضا . المحلى جـ٩ ص ١١٤ ووصف سنده بالانقطاع .
ووصفه بعدم الاتصال أيضا الخطابي في المعالم جـ٥ ص ٤٩ .
وقال المنذري : في اسناده مجهول . أهـ مختصر سنن أبي داود جـ٥ ص ٥٠ .

ولأنه أتى بالمأمور به (١٢) وزاد من جنسه زيادة منفعة ،فأشبه اذا قال : بع هذا بالف . فباع بألفين ، (١٣) أو قال : اشترلى شاة بدينار ،فاشترى شاة تساوي دينارين بدينار. (١٤) (١٥)

قالوا : الزيادة لم يتناولها الاذن ،فصاركما لو قال : اشترلى عبدا فاشترى أمة . (١٦)

قلنا : يبطل بما قسنا عليه . (١٧)

---

(١٢) وهو شراء شاة.

(١٣) حيث يصح بيعه ،لكونه فعل المطلوب وزيادة خير فيه من جنسه .

(١٤) في نسخة ((ب)) : فاشترى شاة بدينار تساوى دينارين .

(١٥) حيث يصح عقده فيه قطعا .
بجامع الاتيان بالمأمور به مع زيادة منفعة من جنسه ،في كل من الاصل وهو ما لو قال لهبع بألف فباع بألفين أو اشتر شاة بدينار فاشترى شاة تساوى دينارين بدينار ، والفرع وهو مالو قال اشتر شاة بدينار فاشترى شنتين تساوى كل منها دينارا بدينار.
ولما كان حكم الاصل صحة العقد فيهما ولزومهما للموكل ، كان حكم الفرع كذلك فتلزم الشاتان بدينار للموكل أيضا لذلك .

(١٦) حيث لا يلزم الموكل قبول الامة .
بجامع عدم تناول الاذن له ،في كل من الاصل وهو مالو قال اشترلى عبدا فاشترى أمة والفرع وهو مالو قال اشتر شاة بدينار فاشترى شاتين.
ولما كان حكم الاصل عدم لزوم العقد للموكل ، كان حكم الفرع كذلك فلا يلزم الموكل قبول الشاتين أيضا لذلك .

(١٧) يعني مالو قال له بع بألف فباع بألفين ومابعده .
حيث يصح العقدان المذكوران ويلزم الموكل قبول المبيع فيهما .

قالوا : لم يرض الا بعهدة (١٨) شاة ، فلم يلزمه مازاد .

قلـــــنا : يبطل بما قسنا عليه (١٩) .

* مسألة (١٩٣) : اذا وكله في بيع فاسد (١) ، فباع بيعا صحيحا ، لم يجز (٢) . / ١٦٥ ى

---

(١٨) أي الا بد خول شاة واحدة في عهدته ، أي عقده ووثيقة بيعه ، كما فـــي المصباح جـ٢ ص٨٧ قال : وتسمى وثيقة المتبايعين عهدة ، لانه يرجـــع اليها عند الالتباس . أهـ .

(١٩) يعني مالو قال بع كذا بألف ، فباع بألفين ، والمثال الذى بعده . حيث لم ينص على ادخال الالف الثاني في ملكه ولا الدينار الثاني أيضا فيه ، ثم صح عقده فيهما ، فدل على بطلان الوصف الذى جعلوه علة فـــي المنع منه .

(١) كأن يقول له : بع الى العطاء ، أو الى قدوم زيد . أو كشرطه على الوكيل منع المشترى من قبض المبيع . أنظر كشاف القناع جـ٣ ص ٤٧٠ . مغـــني المحتاج جـ٢ ص٢٢٥ .

(٢) أي لم يملك أن يعقد عقدا صحيحا ، لأن الموكل لم يأذن به ، ولا فاســـدا لأن الشرع لم يأذن به . والوكيل في البيع الفاسد أو الشراء الفاســـد سواء .

أنظر: فتح العزيز جـ١١ ص٥٧ . الوجيز جـ١ ص١٩٢ .

وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى جـ٢ ص ٣٠٣ . كشاف القناع جـ٣ ص٤٧٠ . المغني جـ٥ ص٩٥ .

ويشبه أن يكون هذا قول ابن حزم ، لانه لا يجيز للوكيل مخالفة الموكل فـــان فعل لم يلزم الموكل ، فاذا أمره ببيع فاسد فباع صحيحا فقد خالف موكلـــه فلا يصح ، ولا يقع الفاسد لانه منهي عنه . والله أعلم .

أنظر المحلى ج٩ ص١١٣ .

ولم أقف على قول المالكية .

وقال أبو حنيفة : يجوز.(٣)

لنا : هو أنه توكيل فى بيع فاسد ، فلا يملك به بيعا صحيحا ، كما لو وكله فى الشراء(٤) بالخمر فاشترى بالدراهم ،(٥) ولانه لو أمره بالصحيح لم يملك بيعا فاسدا ، فكذلك اذا أمره بالفاسد لم يملك بيعا صحيحا .

قالوا : امره ببيع يوجب الملك ولم يشترط شرطا يمنع الملك ،(٦) وباع بيعا صحيحا ولم يخالفه(٧) فى جنس الثمن ، فأشبه اذا أمره ببيع صحيح .(٨)

---

(٣) أى ويملك الصحيح ، استحسانا ، خلافا لمحمد وزفر بن الهذيل .
أنظر: المبسوط جـ١٩ ص ٥٦ . حاشية ابن عابدين جـ٥ ص ٨٧ .

(٤) فى نسخة ((ب)) بالشراء .

(٥) حيث لا يصح العقد المذكور .
بجامع التوكيل فى بيع فاسد فى كل من الاصل وهو مالو وكله فى الشراء بالخمر فاشترى بالدراهم ، والفرع وهو مالو وكله فى بيع فاسد فباع بيعا صحيحا .
ولما كان حكم الاصل عدم صحة العقد فيه ، كان حكم الفرع كذلك فلا يصح العقد فيه أيضا لذلك .

(٦) لان الشرط الفاسد يتعلق بصفة العقد لا بأصله ، فانه قد انعقد بالتوكيل وهو صحيح .
وهذا بناء على التفرقة عندهم بين الفاسد والباطل ، حيث الأول هو ماشرع بالاصل ومنع بالوصف ، والباطل مامنع بأصله ووصفه معا .

(٧) سقط قوله (ولم يخالفه) من نسخة ((ب)) . / كأن يقول له : بعه بدينار فباعه بثوب .

(٨) حيث ينعقد البيع فيه .
بجامع الامر ببيع يوجب الملك دون اشتراط مايمنعه فى كل من الاصل وهو الأمر بالبيع الصحيح ، والفرع وهو الأمر بالبيع الفاسد .
ولما كان حكم الاصل صحة انعقاده ، كان حكم الفرع كذلك فيصح العقد فيه أيضا لذلك .

قلنا : لا نسلم ان الفاسد يوجب الملك (٩) ، ولانه وان لم يخالفه فى جنس الثمن الا أنه خالفه فى صفة العقد (١٠) ، فصار كما لو خالفه فى جنس الثمن. (١١)

* مسألة (١٩٤) : اذا ابرأ الوكيل المشترى من الثمن لم يبرأ. (١) /١٦٥ى .
وقال أبو حنيفة : يبرأ ويضمن مثله للموكل. (٢)

---

(٩) لان الفساد يرادف البطلان ، وهو متعلق بأصل العقد ووصفه ، عند الشافعية . أنظر المستصفى جـ١ ص ٩٥.

(١٠) لان أحدهما موصوف بالصحة والاخر بالفساد .

(١١) حيث لا ينعقد به البيع أيضا .
يجامع تحقق المخالفة فى كل من الاصل وهو مالو وكله بالبيع بثمن فباع بغيره والفرع وهو مالو وكله بالبيع بعقد فاسد فباع بصحيح .
ولما كان حكم الاصل عدم صحة العقد فيه للموكل ، كان حكم الفرع كذلك فلا يصح العقد فيه له أيضا لذلك .

(١) أى اذا أبرأه من الثمن بعد تمام العقد وقبل القبض.
وأنظر المسألة فى :
وهو قول الحنابلة : كشاف القناع جـ٣ ص ٤٦٩ . المغنى : جـ٥ ص ٧٣.
وبه يقول المالكية ، ثم الموكل مخير بين أن يجيز أو يرجع به على المشترى ولا رجوع له على الوكيل .
أنظر : مواهب الجليل جـ٥ ص ١٩٦.

(٢) خلافا لأبى يوسف .
أنظر : الهداية جـ٧ ص ٢٤ . وفتح القدير عليه ، التبيين جـ٤ ص ٢٥٨. مجمع الانهر جـ٢ ص ٢٢٦.
ولم أقف على قول ابن حزم صريحا فى هذه المسألة ، الا أنه يمنع من التوكيل بالابراء أصلا . فيكون ابراء الوكيل المشترى من الثمن بدون توكيل من الموكل أولى بالبطلان عنده والله أعلم . أنظر المحلى جـ٩ ص ١١٣.

لنا : انه من[3] لا يملك الهبة بعد القبض لم يملك الابراء قبل القبض[4]، كالاب والوصي والعبد المأذون والوكيل في النكاح[5]، ولانه ابراء من دين غيره[6]، فلم يجز من غير اذنه، كالابراء من سائر ديونه[7]، والدليل على أنه للموكل[8]،

---

(٣) في نسخة ((ب)) : ان ٠/ ومافي الاصل ضمير الشأن .

(٤) من قوله : (قبل القبض) الى قوله : (من دين غيره) ساقط من نسخة ((ب)) .

(٥) حيث لا يملك أحد من هؤلاء الابراء قبل القبض.
بجامع عدم صحة الابراء أو الهبة بعد القبض في كل من الاصل وهو الاب والوصي والعبد المأذون والوكيل في النكاح ، والفرع وهو الوكيل في البيع .
ولما كان حكم الاصل عدم امتلاكهم الابراء قبل القبض ،كان حكم الفرع كذلك فلا يملك الوكيل في البيع الابراء قبل القبض أيضا لذلك .

(٦) وهو الموكل ، لان الثمن آيل اليه .

(٧) حيث لا يملكه الوكيل في البيع أيضا .
بجامع الابراء من دين الغير ، في كل من الاصل وهو الابراء من سائر الديون ، والفرع وهو الابراء من الثمن .
ولما كان حكم الاصل عدم صحته منه ، كان حكم الفرع كذلك فلا يصح ابراؤه المشتري من الثمن أيضا لذلك .

(٨) أي الثمن ، بمعنى أن الثمن يقع بالبيع في ملك الموكل بمجرد عقد البيع .
فليس يقع للوكيل ثم ينتقل الى الموكل .

انه ينفذ فيه ابراؤه[٩] ويملك أن يشترى به[١٠] من المشترى ماشاء ، ويجب عليه[١١] زكاته ، ولأنه لو ملك الابراء لما لزمه[١٢] أن يغرم[١٣] .

قالوا : ليس فى الدين أكثر من حق المطالبة[١٤] ، وذلك للوكيل[١٥] ، لانه[١٦] من حقوق العقد[١٧] ، وهو يملك اسقاط حقه[١٨] ، فملك اسقاطه[١٩] ، كسائر ديونه[٢٠] .

---

(٩) أى ابراء الموكل للمشترى من الثمن .

(١٠) فى الاصل (له) ولا تنسجم مع السياق . وماأثبتناه من نسخة ((ب)) أولى .

(١١) أى الموكل .

(١٢) فى نسخة ((ب)) : للزمه ./ أى الوكيل .

(١٣) أى أيد يضمنه مثله للموكل عندكم ، أى والحال انه يغرم ، فدل على أنه لا يملك الابراء منه .

(١٤) أى مطالبة المدين .

(١٥) فى نسخة ((ب)) زيادة : وذلك حق للوكيل ./ وهى موجودة فى الأصل لكنها مضروب عليها .

(١٦) أى حق المطالبة .

(١٧) أى والوكيل هو الذى يتولى العقد ، فكانت المطالبة بالثمن من حقه .
و حقوق العقد : هى تسليم الثمن وقبض المبيع وضمان الدرك والرد بالعيب ونحو ذلك .
كما نص عليها فى شرح المنتهى جـ٢ ص ٣٠٨ .

(١٨) وهو المطالبة بالثمن .

(١٩) أى الثمن .

(٢٠) حيث له اسقاط ديون نفسه ومنها المطالبة بالثمن ، حيث قد صار دينا عليه بتسليمه المبيع للمشترى .
بجامع ملكه اسقاط حقه فى كل من الاصل وهو سائر ديون نفسه ، والفرع وهو ثمن المبيع .
ولما كان حكم الاصل جواز اسقاطه ، كان حكم الفرع كذلك فيجوز ابراؤه المشترى من الثمن أيضا لذلك .

قلنا : فيه (٢١) أكثر من حق المطالبة ، وهو المال الذى ملك (٢٢) أخذ العوض عنه ، ثم يبطل بالعبد المأذون ، فان المطالبة (٢٣) له (٢٤) ، ويملك اسقاط حقه من البضع بالطلاق (٢٥) ، ولا يملك الابراء (٢٦) .

* مسألة (١٩٥) : يجوز (١) للموكل مطالبة المشترى بالثمن (٢) . / ١٦٥ ش .

---

(٢١) أى فى الدين .

(٢٢) فى الاصل (الذى يملكه أخذ العوض عنه) . والأولى ما أثبتناه من نسخة ((ب)) .

(٢٣) سقط قوله (فان المطالبة له) من نسخة ((ب)) . / أى حق له .

(٢٤) أقحم فى نسخة ((ب)) كلمة (قالوا) بعد قوله : المطالبة له .

(٢٥) فى نسخة ((ب)) : على البضع . / والبضع بضم فسكون يطلق على معنيين :
الأول : الجماع ، والثانى : الفرج وكلاهما صالح ليكون هو المقصود هنا . ويطلق أيضا على التزويج ، تقول المرأة ابضعت ابضاعا اذا زوجتها .
أنظر المصباح جـ١ ص ٥٧ .

(٢٦) أى فيبطل الوصف الذى جعلوه علة فى الحكم فى هذه المسألة لكونه غير مضطرد ، حيث قد وجد فى العبد ، وتخلف الحكم المذكور عنه .

(١) لو أن المصنف اخر هذه المسألة الى التى بعدها ، لكان أولى لأن الخلاف فى هذه ناشئ عن الخلاف فى الملك فى الشراء هل يقع للموكل ابتداء ، أم للوكيل ثم ينتقل الى الموكل .

(٢) فتح العزيز جـ١١ ص ٣٤ .
وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى جـ٢ ص ٣٠٨ . كشاف القناع جـ٣ ص ٤٦٠ .
واليه ذهب المالكية : الشرح الكبير جـ٣ ص ٣٩٣ . الجواهر جـ٢ ص ١٣٠ .
شرح المنح جـ٣ ص ٣٨٦ .

وقال أبو حنيفة : لا يجوز.(٣)

لنا : هو انه حق للموكل يجوز لوكيله المطالبة به ،فجاز له(٤) المطالبة به ،كمهر أمته وسائر ديونه.(٥)

قالوا : من(٦) حقوق العقد،(٧) فاختص بالوكيل ،كقبض عوض الصرف.(٨)

---

(٣) أى وان دفعه اليه جاز.
الهداية جـ٧ ص٢٣. التبيين جـ٤ ص٢٥٧. مجمع الانهر جـ٢ ص٢٢٦.
ولم أقف على قول ابن حزم فى هذه المسألة .

(٤) أى للموكل .

(٥) حيث يجوز له المطالبة بهما .
بجامع جواز مطالبة الوكيل به فى كل من الاصل وهو مهر الامة وسائر الديون ، والفرع وهو ثمن المبيع من المشترى .
ولما كان حكم الاصل هو جواز مطالبة الموكل بمهر أمته وسائر ديونه .
كان حكم الفرع كذلك فيجوز للموكل المطالبة بثمن المبيع من المشترى أيضا لذلك .

(٦) أى قبض الثمن حق من حقوق العقد ،فالجار والمجرور متعلق بمحذوف.

(٧) وهى تسليم الثمن وقبض المبيع والرد بالعيب وضمان الدرك ونحو ذلك .

(٨) حيث الوكيل فى الصرف هو الذى يتولى القبض فيه دون الموكل ،لان الصرف لا يحتمل التأخير بحال ، واذا حضر الموكل مجلس العقد فهل للموكل القبض أم هو للوكيل أيضا قيل يجوز أن يقبضه الموكل ، والصحيح ليس له ذلك لان الوكيل أصيل فى باب البيع حضر الموكل أو لم يحضر . أنظر التبيين : جـ٤ ص٢٦٢.
والجامع فى القياس المذكور هو ان القبض حق من حقوق العقد فى كل من الاصل وهو عوض الصرف والفرع وهو ثمن المبيع .
ولما كان حكم الاصل عدم جواز قبض الموكل لعوض الصرف ،كان حكم الفرع كذلك فلا يجوز للموكل مطالبة المشترى بالثمن أيضا لذلك .

قلنا : لا نسلم الاصل (٩) ، فانه يجوز للموكل قبض عوض الصرف فى مجلس التوكيل (١٠) ، ثم ذاك من (١١) شروط العقد ، فهو كالشهادة فى النكاح (١٢) ، وهذا (١٣) من حقوق الملك ، فهو كالمهر فى النكاح (١٤) .

* مسألة (١٩٦) : الملك فى الشراء ينتقل الى الموكل دون الوكيل (١) . / ١٦٥ ش .

---

(٩) وهو اختصاص قبض عوض الصرف بالوكيل دون الموكل .

(١٠) لانه الاصيل فى العقد ، وقد حضر فكان أولى بالقبض من الوكيل .

(١١) أى القبض فى الصرف .

(١٢) حيث هى واجبة فيه .
بجامع ان كلا شرط فى العقد ، اما الاصل فالشهادة فى النكاح ، واما الفرع فالقبض فى عقد الصرف .
ولما كان حكم الاصل الوجوب ، كان حكم الفرع كذلك فيجب القبض فى الصرف أيضا لذلك .

(١٣) أى قبض الثمن فى البيع .

(١٤) حيث لا يجب قبضه فى العقد ويجوز للزوجة قبضه دون الوكيل .
بجامع ان كلا من حقوق الملك ، اما الاصل فالمهر ، واما الفرع فالثمن فى البيع .
ولما كان حكم الاصل جواز قبض الزوجة له دون الوكيل ، كان حكم الفرع كذلك فيجوز للموكل قبضه من المشترى أيضا لذلك .

والمقصود: أن بين الاصل والفرع فى قياسهم القبض فى الصرف على القبض فى ثمن المبيع ، فارقا ، والقياس مع الفارق باطل .

(١) فيه وجهان ، أصحهما انه يثبت للموكل ابتداء ، كما لو اشترى الاب لطفله فالملك يثبت ابتداء للطفل .
وفائدة هذا الخلاف فيما لو اشترى الوكيل من يعتق عليه ، فان قلنا : الملك يثبت ابتداء للموكل لم يعتق على الوكيل ، والا عتق .
أنظر: فتح العزيز ١٠/١١ ص ٦٢ .

وقال أبو حنيفة : ينتقل الى الوكيل ثم الى الموكل .(٢)

لنا : ان من عقد لغيره عقدا(٣) وصح له ، وقع(٤) الملك لمن عقد له بنفس العقد ، كالولي والحاكم والوكيل في البيع والنكاح ،(٥) ولانه(٦) لو اشترى أباه(٧) لم

= وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى جـ٢ ص ٣٠٨ . كشاف القناع جـ٣ ص ٤٦٠ .
المغني جـ٥ ص ١٠٣ .
وللمالكية فيها قولان ، كما أشار اليه الدسوقي ، أنظر حاشية الدسوقي : جـ٣ ص ٣٨٨ .

(٢) أي فورا بلا مهلة ، على أحد القولين وهو قول أبي الحسن الكرخي ، والصحيح ان الملك يقع للموكل خلافة عن الوكيل ، ومعنى الخلافة : ان يثبت الملك للموكل ابتداء وينعقد السبب موجبا حكمه للوكيل ، فكان الموكل قائما مقام الوكيل في ثبوت الملك اعتبارا للتوكيل السابق ، والحاصل أن الوكيل خلف عن الموكل في حق استفادة التصرف ، والموكل خلف عن الوكيل في حق ثبوت الملك . كما صرح بذلك في فتح القدير جـ٧ ص ١٦ والقول الثاني لأبي طاهر الدباس .
أنظر التبيين جـ٤ ص ٢٥٦ . مجمع الانهر جـ٢ ص ٢٢٥ .
ولم أقف على قول ابن حزم في هذه المسألة .

(٣) سقطت (الواو) من نسخة ((ب)) .

(٤) في نسخة ((ب)) : ويعقد الملك .

(٥) حيث يقع الملك لمن عقد له هؤلاء بنفس العقد .
بجامع صحة العقد للغير ممن عقده له ، في كل من الاصل ، وهو الولي والحاكم والوكيل في البيع والنكاح ، والفرع وهو الوكيل في الشراء .
ولما كان حكم الاصل هو وقوع الملك لمن عقد له هؤلاء بنفس العقد ، كان حكم الفرع كذلك فيقع الملك للموكل في الشراء أيضا لذلك .

(٦) أي الوكيل .

(٧) أي أبا نفسه .

يعتق عليه ،فدل على أنه لم يملكه (٨) ، ولانه لو وقع له ،لم ينتقل الا بسبب حادث. (٩)

قالوا : لو لم يقع الملك له لما وقع اذا خالف (١٠) ، كالوكيل فى النكاح. (١١)

قلنا : يبطل بالحاكم وبالاب (١٢) ، ويخالف النكاح (١٣) ، فان أعيان الزوجين فيه مقصودة ،فلم يحتمل النقل بالمخالفة ، وأعيان المتبايعين غير مقصودة ،فانتقل الى الوكيل بالمخالفة. (١٤)

---

(٨) فى نسخة ((ب)) :لم يملك . / أى العبد الذى اشتراه لموكله ،اذ لو وقع الملك للوكيل بالشراء المذكور لعتق عليه فور شرائه اياه لكونه ذا رحم منه، فان لم يعتق عليه دل ذلك على وقوع الملك للموكل أصلا والوكيل رسول فى ايصاله اليه .

(٩) بيع أو شراء أو هبة ،أى والحال ان الملك لا يحتاج فى انتقاله من الوكيل الى الموكل على القول بوقوعه للوكيل الى شىء من ذلك ،فدل على أنه لم يقع للوكيل ،بل للموكل اصالة .

(١٠) كما لو أمره بشراء نوع معين فاشترى غيره ، حيث يقع الملك فيه للوكيل ، لأنه لم يشتر ما أمر به فدل على أنه عقد لنفسه لا لموكله ،فوقع له دونه .

(١١) كما لو وكله بالعقد له على جارية فعقد على غيرها لم يقع النكاح للموكل بل للوكيل ،ولو كان الملك فى العقد واقعا للموكل لوقع النكاح له بكل حال .

(١٢) حيث لا يقع النكاح لهم اذا خالفوا فى العقد ،فكانت العلة التى ذكروا غير مضطردة فيبطل قياسهم ،لفقدان العلة الجامعة فيه .

(١٣) أى يخالف التوكيل فى النكاح التوكيل فى الشراء .

(١٤) أى وهذا فارق بين الاصل والفرع فى قياسهم الوكالة فى النكاح عليها فى الشراء والقياس مع الفارق باطل .

* مسألة (١٩٧) : اذا وكل المسلم ذميا في شراء الخمر أو الخنزير فاشتراه . لم يملك[1] ./ ١٦٥ش.

وقال أبو حنيفة : يملكه[2] .

لنا : ان مالا يملكه المسلم بعقده لم يملكه اذا وكل فيه كافرا ،كالميتة ونكاح المجوسية[3] .

---

(١) في نسخة ((ب)) : لم يملكه ./ أي المسلم .
أنظر المسألة في : الوجيز جـ١ ص ١٨٩. قال : وشرطه - أي الموكل - أن يملك مباشرة ذلك التصرف - أي الموكل فيه - بملك أو ولاية. أهـ وهو لا يملك شراء الخمر بنفسه ،فلا يملكه بغيره.
وأنظر فتح العزيز جـ١١ ص ١٥.
وهو قول الحنابلة: كشاف القناع جـ٣ ص ٤٦٠ . المغني جـ٥ ص ٩١.

ومنع المالكية توكيل مسلم ذميا في بيع أو شراء أو تقاض ،أصلا .
أنظر : الشرح الكبير جـ٣ ص ٣٨٦ . الجواهر جـ٢ ص ١٢٨. شرح المنح جـ٣ ص ٣٧٢.

(٢) خلافا للصاحبين. الهداية جـ٧ ص ١٠. التبيين جـ٤ ص ٢٥٤. مجمع الأنهر جـ٢ ص ٢٢٢.
ولم أقف على قول ابن حزم في هذه المسألة .

(٣) حيث لا يملكهما بتوكيل الكافر أيضا .
بجامع عدم امتلاك المسلم له بالعقد بنفسه ،في كل من الاصل وهو الميتة ونكاح المجوسية ،والفرع وهو الخمر والخنزير.
ولما كان حكم الاصل عدم امتلاك المسلم الميتة ونكاح المجوسية بالتوكيل كان حكم الفرع كذلك فلا يملك المسلم الخمر والخنزير بتوكيل الذمي أيضا لذلك .

قالوا : وكله فى عقد هو من أهله ، والموكل من أهل التوكيل ، فأشبه الغائب اذا وكل حاضرا فى الصرف ، والأعمى اذا وكل بصيرا فى الشراء (٤) .

قلنا : ان كان الوكيل من أهل العقد الا أن الموكل ليس من أهل الملك (٥) ، والاعتبار بمن يقع له الملك (٦) ، ويخالف ما قاسوا عليه ، فان الحضور والبصر من شروط العقد ، فاعتبر بالعاقد (٧) ، كالشهادة فى النكاح (٨) ،

---

(٤) حيث يصح منهما ويملكه الموكل أيضا .
بجامع ان كلا وكل فى عقد هو من أهله والموكل من أهل التوكيل ، اما الاصل فهو الغائب اذا وكل الحاضر فى الصرف ، والاعمى اذا وكل بصيرا فى الشراء ، واما الفرع فهو توكيل المسلم الذمى فى شراء الخمر والخنزير. ولما كان حكم الاصل الصحة ووقوع الملك به للموكل ، كان حكم الفرع كذلك فيصح الشراء ويقع الملك فيه للموكل أيضا لذلك .

(٥) لكونه مسلما ، فيحرم عليه تملك الخمر والخنزير .

(٦) وهو الموكل دون الوكيل .

(٧) وهو الوكيل عن الغائب ، والوكيل عن الاعمى هنا .

(٨) حيث يعتبر فيه بالعاقد أيضا .
بجامع ان كلا شرط من شروط العقد ، اما الاصل فهو الشهادة فى النكاح ، واما الفرع فهو الوكيل عن الغائب فى الصرف ، والوكيل عن الأعمى فى الشراء .
ولما كان حكم الاصل هو الاعتبار بالشهود فى النكاح ، كان حكم الفرع كذلك فيعتبر بالعاقد وهو الوكيل فى الصرف عن الغائب والوكيل فى الشراء عن الأعمى أيضا لذلك .

وهذا من أحكام (٩) الملك فاعتبر من يقع له الملك (١٠) ، كنكاح المجوسية. (١١)

* مسألة (١٩٨) : اذا وكل اثنين فى طلاق امرأته لم يجز لاحدهما أن يطلق (١) ./١٦٥ش.

وقال أبو حنيفة : يجوز. (٢)

---

(٩) أى الوكالة فى الشراء .

(١٠) وهو الموكل .

(١١) حيث يعتبر من يقع له النكاح ، فاذا كان مسلما لم يصح سواء كان الوكيل فى النكاح مسلما أو غير مسلم .

بجامع ان كلا من أحكام الملك ، اما الاصل فهو نكاح المجوسية ، واما الفرع فهو توكيل المسلم الذمى فى شراء الخمر والخنزير .

ولما كان حكم الاصل عدم وقوع النكاح للموكل اذا كان مسلما ، كان حكم الفرع كذلك فلا يقع الملك فى الخمر والخنزير للموكل هنا أيضا لذلك .

والمقصود : اثبات الفارق بين الاصل والفرع فى قياسهم توكيل المسلم الذمى فى شراء الخمر على توكيل الحاضر فى الصرف عن الغائب . والقياس مع الفارق باطل .

(١) أى دون الآخر ، لانه وكلهما معا ولم يرض برأى أحدهما منفردا .

وهذا أصح الوجهين ، أنظر فتح العزيز جـ١١ ص ٥٤ .

وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى جـ٢ ص ٣٠٤ . كشاف القناع جـ٣ ص ٤٦١ .

المغنى جـ٥ ص ٧٠ .

(٢) ومحله : مالم ينص على اجتماعهما فيه بلفظ واحد ، أو كانت الموكل بطلاقها غير معينة .

أنظر : الهداية جـ٧ ص ٨٩ . التبيين جـ٤ ص ٢٧٥ . مجمع الأنهر : جـ٢ ص ٢٤٠ .

وذهب المالكية الى انهما أن وكلا مترتبين فلاحدهما الاستبداد والاستقلال عن الاخر ، الا اذا شرط الموكل عدم الاستبداد ، وان وكلا معا فليس لاحدهما =

لنا : انه تصرف فوضه الى اثنين ، فلا يجوز لاحدهما أن ينفرد به ، كما لو وكلهما في بيع سلعة (٣).

قالوا : لا غرض في الاجتماع على الطلاق (٤) ، فجاز أن ينفرد به أحدهما .

قلنا : لو كان كذلك لوجب اذا وكل رجلا (٥) في طلاق امرأته ، ان يجوز لمن لم يوكل ان يطلق (٦) ، ولوجب اذا وكل اثنين في بيع سلعة بثمن معين أن يجوز لكل واحد منهما أن ينفرد به (٧) .

الاستبداد الا اذا شرط لهما الموكل الاستبداد . هذا هو المعتمد في المسألة.
أنظر : حاشية الدسوقي جـ٣ ص ٣٩٢ . الخرشي جـ٦ ص٨٢ . شرح المنح جـ٣ ص ٣٨٥ .
وذهب ابن حزم الى عدم جواز التوكيل في الطلاق أصلا .
أنظر المحلى جـ٩ ص١١٣ وجـ١١ ص ٥١٣ منه .

(٣) حيث لا ينفرد أحدهما ببيعها دون الاخر.
بجامع ان كلا تصرف فوضه الموكل الى اثنين ، اما الاصل فهو مالو وكلهما في بيع سلعة ، واما الفرع فهو مالو وكلهما في طلاق امرأته .
ولما كان حكم الاصل عدم جواز الانفراد من أحدهما ، كان حكم الفرع كذلك فلا يجوز لاحدهما الانفراد في التطليق أيضا لذلك .

(٤) لانه لا يحتاج فيه الى الرأى بخلاف البيع أو الشراء والخلع وغير ذلك .

(٥) في نسخة ((ب)) : اذا وكل رجل . / بالرفع وهو خطأ .

(٦) لكن أحد الوكيلين غير موكل بالطلاق الا مع الوكيل الاخر فاذا طلق بمفرده كان كمن طلق من غير توكيل أصلا ، فلا يقع الطلاق .

(٧) أى والحال انه لا يصح منه الانفراد بالطلاق ولا بالبيع دون صاحبه في المسألتين . فبطل احتجاجهم المذكور.

* مسألة (١٩٩) : اذا باع الوكيل السلعة وقبض الثمن وهلك في يده واستحق المبيع (١) ، رجع المشتري (٢) بالعهدة (٣) على الموكل (٤) . / ١٦٥ ش.

وقال أبو حنيفة : يرجع على الوكيل (٥) .

---

(١) بأن تعلق للغير في المبيع حق .

(٢) أي بعد فسخ البيع .

(٣) وهي : الكتاب الذي يكتب فيه وثيقة البيع ، ويذكر فيه الثمن ، فعبر بها عن الثمن . فتسمية المكتوب فيها بذلك من تسمية الحال باسم محله .

أنظر المغني جـ٤ ص ٤٠٣ . قليوبي جـ٢ ص ٣٢٥ .

والمراد : انه يعود بثمن المبيع على الموكل اذا ظهر فيه عيب أو استحقاق .

(٤) هذا على قول ، والثاني وهو الأصح انه يرجع على الوكيل ، ثم هو يرجع به على الموكل .

وعند النووي : له الرجوع على الموكل ابتداء في الأصح . أنظر المنهاج ص٦٥ . فتح العزيز جـ١١ ص ٦٥ . الوجيز جـ١ ص ١٩٢ .

وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى جـ٢ ص ٣٠٨ . كشاف القناع جـ٣ ص ٤٦٩ المحرر جـ١ ص ٣٤٩ .

(٥) الهداية جـ٧ ص ١٥ . التبيين جـ٤ ص ٢٥٦ . مجمع الأنهر جـ٢ ص٢٢ .

لكن في الدر المنتقى قال نقلا عن الجوهرة : لو حضرا - أي الوكيل والموكل مجلس العقد - فالعهدة على آخذ الثمن في أصح الأقاويل ، ولو أضاف - أي الوكيل - العقد الى الموكل تتعلق بالموكل اتفاقا . أهـ جـ٢ ص٢٢ .

وهو قول المالكية ومحله عندهم : مالم يعلم المشتري منه بأن البائع وكيل ، فان علم بأنه وكيل فالمطالب بالعهدة هو الموكل لا الوكيل ، مالم يكن الوكيل وكيلا مفوضا فان كان مفوضا طولب بها دون الموكل ، سواء علم المشتري بأنه مفوض أم لا .

أنظر : الشرح الكبير جـ٣ ص ٣٨٢ . الجواهر جـ ٢ ص ١٢٦ . شرح المنح جـ٣ ص ٣٦٤ .

ولم أقف لابن حزم على قول في هذه المسألة.

لنا : هو انه نائب عن غيره في العقد ،فلا يرجع[٦] عليه بالعهدة[٧]، كالحاكم وأمين الحاكم[٨].

قالوا : من[٩] حقوق العقد ،فكان على الوكيل ،كتسليم المبيع.[١٠]

قلنا : تسليم المبيع يجب على الولي والحاكم،[١١] ولا يرجع عليه بالعهدة.[١٢]

---

(٦) أي المشترى .

(٧) أي على الوكيل .

(٨) حيث لا يرجع المحكوم عليه على الحاكم وامينه في حال الخطأ في الحكم عليه . بجامع ان كلا نائب في العقد عن غيره ، اما الاصل فالحاكم حيث هو نائب عن المسلمين ، وأمين الحاكم حيث هو نائب عنه ، واما الفرع فهو الوكيل في البيع .
ولما كان حكم الاصل عدم الرجوع عليه بالعهدة كان حكم الفرع كذلك فلا يرجع المشترى على الوكيل بالعهدة أيضا لذلك .

(٩) الجار والمجرور متعلق بمحذوف، تقديره : ضمان العهدة حق من حقوق العقد .

(١٠) حيث يجب على الوكيل .
بجامع ان كلا حق من حقوق العقد ،اما الاصل فهو تسليم المبيع واما الفرع فهو ضمان العهدة في المبيع .
ولما كان حكم الاصل وجوبه على الوكيل ،كان حكم الفرع كذلك فيرجع المشترى بالعهدة على الوكيل أيضا لذلك .

(١١) أي في حال كون صاحب السلعة محجورا عليه ،وباع عليه الحاكم أو الولي .

(١٢) أي فبطل أن يكون الوصف الذى ذكروه علة جامعة في قياسهم ،لأنه وجد في الولي والحاكم ،حيث يبيعان على المحجور ، ويسلمان المبيع، ثم تخلف الحكم المذكور فيهما ، حيث لا يرجع المشترى عليهما بالعهدة .

* مسألة (٢٠٠) : اذا كان عنده دين أو عين لانسان ،فجاء رجل وقال : وكلني فلان في قبضه ،فصدقه ، لم يجبر على الدفع اليه.(١) /١٦٦ى .

وقال أبو حنيفة : يجبر في الدين . وفي العين روايتان .(٢)

لنا : انه(٣) دفع غير مبرئ ،فأشبه اذا جاء رجل فقال : قد مات صاحب المال وأنا وصيه وهذا الصبي(٤) ولده.(٥)

---

(١) الام جـ٣ ص ٢٣٢ . المختصر ص ١١١ . المنهاج ص ٦٦ وأشار المحلي في شرح المنهاج الى أن في المذهب فيه قولين: أحدهما: لا يلزمه دفعه اليه الا ببينة على وكالته ،لاحتمال انكار الموكل لها ،
والثاني :يلزمه الدفع اليه ،بلا بينة ،لاعترافه باستحقاقه الاخذ . جـ٣ ص٣٥١ .
وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى جـ٢ ص ٣١٨ . كشاف القناع جـ٣ ص ٤٧٩ .
المحرر جـ١ ص ٣٥٠ .

(٢) الهداية جـ٧ ص ١١٧ و ص ١٢٠ وفتح القدير عليه . التبيين جـ٤ ص ٢٨١ وص ٢٨٤ . مجمع الأنهر جـ٢ ص ٢٤٤ . وص ٢٤٥ وأنظر الدر المنتقى نفس الصفحة .
ولم أقف على قول ابن حزم في هذه المسألة .وكذا المالكية.

(٣) في نسخة ((ب)) : لنا هو أنه .

(٤) في نسخة ((ب)) : وهذا الفتى ولده .

(٥) حيث لا يجبر على الدفع اليه .
بجامع ان كلا دفع غير مبرئ ،اما الاصل فهو مالو مات صاحب المال فجاء رجل وقال : انا وصيه وهذا الصبي ولده ، واما الفرع فهو مالو كان عنده دين أو عين لانسان وادعى رجل انه وكيله فيه .
ولما كان حكم الاصل عدم لزوم الدفع اليه ،كان حكم الفرع كذلك فلا يجب عليه الدفع الى مدعي الوكالة وان صدقه من كان عنده الدين أو العين أيضا لذلك .

قالوا : أمـر له بحق الاستيفاء ، فأشبه اذا قال : احالني عليك (٦) أو مـات وانا وارثه (٧) .

قلنا : يبطل بما قسنا عليه (٨) ، وفي الحوالة وجهان (٩) ، وان سلم (١٠) ، فالمعـنى (١١) فيه وفي الوارث انه أقر له بحق الملك ، فلم يجز أن يحبس عنه ماله ، وهذا (١٢) أمر لـه بحق النيابة فهو كالوصي الذي قسنا عليه (١٣) .

---

(٦) زاد في نسخة ((ب)) : احالني عليك فلان .

(٧) حيث يجبر على الدفع اليه .

بجامع الاقرار له بحق الاستيفاء في كل من الاصل وهو مالو قال احالـني عليك أو مات وانا وارثه ، والفرع وهو مالو قال وكلني في قبض الدين أو العين منك .

ولما كان حكم الاصل وجوب الدفع اليه كان حكم الفرع كذلك فيجب عليه الدفع لمدعي الوكالة أيضا لذلك .

(٨) وهو مالو قال قد مات صاحب المال وانا وصيه وهذا ولده ، حيث لا يجبر على الدفع اليه ، اذ لا تبرأ به ذمته .

(٩) أي في وجوب الدفع اليه بادعائه الحوالة . وجهان الاصح منهما وجوب الدفع اليه . أنظر المنهاج ص ٦٦ .

(١٠) أي على الوجه القائل بوجوب الدفع اليه .

(١١) في نسخة ((ب)) : فلان المعنى فيه .

(١٢) أي في مدعي الوكالة عن الغير في قبض الدين أو العين .

(١٣) يعني مالو مات صاحب المال وجاء رجل وادعى انه وصيه وهذا الصـبي ولد الميت .

أي وبهذا الفارق بين الاصل والفرع يبطل قياسهم المذكور .

" مسائل الاجارات (*) "

* مسألة (٢٠١) : تجب الاجرة بنفس العقد (١) ./١٦٦ى .

(*) جمع اجارة ، وهي بكسر الأول على المشهور وقيل بضمها ، وفتحها أيضا ، وهي في اللغة : اسم للاجرة ، ثم اشتهرت في العقد ، تقول اجره الله من باب قتل ، وهي من باب ضرب في لغة بني كعب ، وآجره بالمد لغة ثالثة أيضا بمعنى اثابه . وأجرت الدار والعبد بتخفيف الجيم المعجمة ، كقتلت ، وتجرى فيها اللغات الثلاث ، وبالمد تقول : آجرت الدار على وزن افعلت ، فأنا مؤجر ولا يقال : مؤاجر فانه خطأ ، تقول : آجرته مؤاجرة ، كعاملته معاملة ،
ويتعدى الى مفعولين ، فيقال : آجرت زيدا الدار وآجرت الدار زيدا ، على القلب ، ويقال أيضا : اجرت من زيد الدار ، بزيادة حرف من للتوكيد كبعت من زيد الدار .
والاجرة هي الكراء ، وجمعها أجر ، كغرفة وغرف ، وربما جمعت على اجرات ، بضم الجيم وفتحها . أنظر مغني المحتاج جـ٢ ص ٣٣٢ . والمصباح جـ١ ص ٨ .
وفي الاصطلاح : هي عقد على منفعة مقصودة معلومة قابلة للبذل والاباحة بعوض معلوم . أهـ . مغني المحتاج جـ٢ ص ٣٣٢ .
وعرفها الحنفية بقولهم : هي بيع منفعة معلومة باجر معلوم . أهـ التبيين جـ٥ ص ١٠٥ وهي ثابتة بالكتاب والسنة والاجماع والمعقول .
أما الكتاب: فقوله تعالى (فان ارضعن لكم فاتوهن اجورهن) سورة الطلاق آية / ٦ .
وأما السنة: فقد روى البخاري عن عائشة رضي الله عنها ان النبي صلى الله عليه وسلم وأبا بكر استأجرا رجلا من بني الديل بتشديد الدال المهملة المفتوحة ، هاديا خريتا بكسر الأول وتشديد الثاني ، أي ماهرا يهتدى لادق الطرق والمغازات ، قال في النهاية جـ٢ ص ١٩ : الخريت : الماهر =

. . . .

= الذى يهتدى لاخرات المفازة ، وهى طرقها الخفية ومضايقها . أهـ. انظره في البخارى جـ٣ ص٣٣ كتاب الاجارة ، باب استئجار المشركين عند الضرورة أو اذا لم يوجد أهل الاسلام .

وفسره البخارى بقوله : الخريت : الماهر بالهداية . أهـ نفس المرجع .

وقد اجمع أهل العلم فى كل عصر وكل مصر على جواز الاجارة ، الا ما يحكى عن عبد الرحمن بن الاصم انه قال : لا يجوز ذلك ، لانه غرر ، يعنى انه يعقد على منافع لم تخلق ،

قال ابن قدامة : وهذا غلط ، لا يمنع انعقاد الاجماع الذى سبق فى الاعصار . أهـ المغنى جـ٥ ص ٣٢١ .

واما المعقول فبالناس اليها حاجة كحاجتهم الى امتلاك الاعيان ، اذ ليس كل أحد يملك خادما أو بيتا أو يحسن كل صناعة .

وأركان الاجارة اربعة : عاقدان وصيغة واجرة ومنفعة . أنظر مغنى المحتاج جـ٢ ص ٣٣٢ .

ثم الاجارة قسمان : واردة على العين ، كاستئجار دابة بعينها ليركبها ، أو استئجار شخص بعينه لخياطة ثوب .

والقسم الثانى : واردة على الذمة ، كاستئجار دابة موصوفة للركوب ، وان يقول الزمت ذمتك خياطة ثوب أو بناء جدار ونحو ذلك . أنظر فتح العزيز : جـ١٢ ص ١٩٤ .

(١) فتح العزيز جـ١٢ ص ١٩٧ . شرح المحلى جـ٣ ص ٦٨ . ومحله: اذا اطلقت الاجارة ولم تحد بيوم أو شهر أو سنة واذا كانت الاجارة واردة على عين وجبت الاجرة بنفس العقد ، وقيل بل وان وردت على الذمة .
أنظر نفس المرجع .
وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى جـ٢ ص ٣٦٠ . كشاف القناع جـ٤ ص ٤٢ . المغنى جـ٥ ص ٣٢٩ .

وقال أبو حنيفة : لا تجب الا يوما بيوم[٢].

لنا : هو أنه عقد يجوز بشرط تعجيل البدل[٣] فيه ،فاقتضى اطلاقه التعجيل كالبيع والنكاح والخلع ،[٤] ولان المنافع في الاجارة كالاعيان[٥] المقبوضة[٦]

---

(٢) ومحله :مالم يشترط التعجيل . أنظر الهداية جـ٨ ص ١٠ . التبيين جـ٥ ص ١٠٦ مجمع الانهر جـ٢ ص ٣٧٠ . وسواء فى ذلك ان تكون الاجرة عينا أو دينا .
وهو قول المالكية : القوانين ص ٣٠١ اسهل المدارك جـ٢ ص ٣٢٣ . ومحله عندهم مالم يشترط تقديم الاجرة أو جرت العادة به أو كانت الاجارة ثابتة فى ذمة الأجير .
وبه يقول ابن حزم : المحلى جـ٩ ص ٥ بل ومنع شرط تقديمها أو شيئا منها .

(٣) وهو الاجرة .

(٤) حيث يقتضى الاطلاق فى هذا العقود التعجيل بالثمن والمهر وبدل الخلع فيها .
بجامع ان كلا عقد يجوز بشرط تعجيل البدل فيه ، اما الاصل فالبيع والنكاح والخلع واما الفرع فالاجارة .
ولما كان حكم الاصل اقتضاء اطلاقه تعجيل الثمن والمهر وبدل الخلع ، كان حكم الفرع كذلك فيقتضى الاطلاق فى عقد الاجارة تعجيل الاجرة أيضا لذلك .

(٥) فى نسخة ((ب)) : ولان المنافع فى الاجارة كالمقبوضة ./ وفيها سقط .

(٦) أى فى عقد البيع ، حيث يجب الثمن بتسليم الاعيان المبيعة . فكذلك يجب دفع الاجر بحيازة العين المستأجرة أيضا لامتلاكه منافعها بتسلمها فى كل .

بدليل أن المستأجر يملك التصرف فيها بعوض (٧) وغير عوض (٨)، كما يملك المشترى ذلك فى الأعيان ، واذا أصدق امرأته سكنى دار وسلمها اليها ، وجب عليها تسليم نفسها (٩)، كما يجب اذا اصدقها أعيانا وسلمها اليها (١٠)، ثم بدل الاعيان (١١) يجب بالعقد ، فكذلك بدل المنافع (١٢).

فان قيل : لو كان (١٣) كالاعيان المقبوضة (١٤)، لوجب اذا هلك فى يد المستأجر أن لا تسقط الاجرة (١٥) كما لا يسقط الثمن اذا هلك المبيع فى يد المشترى (١٦).

---

(٧) بأن يؤجرها لغيره .

(٨) بأن ينتفع بها لنفسه .

(٩) أى فور تخليته الدار لتنتفع بسكناها ، فدل ذلك على أن الاجرة تجب بالعقد وليس باستيفاء المنافع ، لانها لم تستوف منفعة الدار بالتخلية .

(١٠) حيث يجب عليها تسليم نفسها ، لقبضها ماسمى لها من المهر . سواء تصرفت بتلك الاعيان واستفادت أو لم تفعل شيئا من ذلك .

(١١) وهو الثمن فى البيع .

(١٢) وهو الاجرة ، أى فيجب بالعقد أيضا وان لم تستوف منه المنفعة .

(١٣) أى بدل المنافع .

(١٤) أى فى وجوب التسليم بنفس عقد البيع .
وفى نسخة ((ب)) : كالاعيان المعترضة ./ وهو تحريف .

(١٥) أى عن المستأجر . لانه يكون فى حكم من استوفى المنفعة من العين المؤجرة .

(١٦) أى والحال ان الاجرة تسقط بهلاك العين المستأجرة فى يد المستأجر فلا يقاس أحدهما على الأخر لذلك . .. فدل على أن الاجرة لا تستحق بنفس العقد .

قيــل : سقوط البدل[17] لا يمنع حكم القبض[18] ، كما نقول فى المهـــــر اذا ارتدت أو طلقت[19] وفى العبد المبيع اذا قتل بالردة[20].

---

(١٧) وهو الاجرة ، بهلاك العين المستأجرة .

(١٨) وهو وجوب تسليم الاجرة فى نفس العقد .

(١٩) سقطت الهمزة فى (أو) من الاصل ./ حيث لا يمنع ذلك من قبـــض المهر .

(٢٠) حيث لا يمنع ذلك من قبضه بالعقد .

(٢١) بفتح الراء المهملة بعد هاشين معجمة ساكنة ، أى عرقه . من باب قطـع، أنظر المختار ص ٢٤٣٠

رواه ابن ماجه جـ٢ ص ٨١٧ كتاب الرهون ، باب أجر الاجراء ، رقـــم ٢٤٤٣ / عن ابن عمر مرفوعا بلفظ : اعطوا الاجير اجره قبل أن يجــف عرقـــه .

فى الزوائد : اسناد المصنف ضعيف ، وهب بن سعيد وعبد الرحمن بن زيد ضعيفان . أهـ ، وضعفه الزيلعى أيضا بعبد الرحمن بن زيد . أنظـــر النصب جـ٤ ص ١٢٩٠

ورواه الطبرانى فى الصغير من حديث جابر ، وفيه شرقى بن قطامى وهــو ضعيف ، ومحمد بن زياد الراوى عنه .

ورواه أبو يعلى وابن عدى أيضا ، كما فى التلخيص جـ٣ ص ٥٩ رقم ١٢٨٤ / ورواه البيهقى جـ٦ ص ١٢١ باب اثم من منع الأجير اجره ، عـــن أبى هريرة مرفوعا ، بلفظ ابن ماجه .

وفى اسناده عبد الله بن جعفر وهو والد عبد الله بن المدينى المحدث المشهور وقد ضعفه ابن عدى فى الكامل ، واسند تضعيفه الى النسائى والسعدى وابن معين والفلاس ، قال ابن عدى : عامة ما يرويه لا يتابع عليه ، ومع ضعفه يكتب حديثه . أهـ - نصب الراية جـ٤ ص ١٣٠٠

=

فان احتجوا : بقوله صلى الله عليه وسلم (اعطوا الاجير أجره قبل أن يجف رشحه) .(٢١)

قلنا : هو حجة لنا ، لانه يقتضى انه اذا شرع فى العمل فعرق أن يدفع اليه جميع الاجر.(٢٢)

قالوا : أحد بدلى الاجارة،(٢٣) فلم يملك بنفس العقد ، كالمنفعة،(٢٤) والدليل على المنفعة(٢٥) انها لم تخلق ،(٢٦) فلم تملك ، كالثمرة المعدومة.(٢٧)

= وقد أخطأ من نسبه الى البخارى ، كما نبه الى ذلك الزيلعى فى جـ٤ص١٣٠ وابن حجر فى التلخيص جـ٣ ص ٦٠ .
وانما الذى فى البخارى عن أبى هريرة مرفوعا : ثلاثة انا خصمهم يوم القيامة ، رجل أعطى بى ثم غدر ، ورجل باع حرا ، فأكل ثمنه ، ورجل استأجر أجيرا فاستوفى منه ولم يعطه اجره . أهـ جـ٢ ص ٣٤ كتاب الاجارة ، باب ا ثم من منع أجر الأجير .

(٢٢) فى نسخة ((ب)) : جميع الاجرة .

(٢٣) صفة لموصوف محذوف تقديره : الاجرة أحد بدلى الاجارة. والبدل الثانى هو المنفعة .

(٢٤) حيث لا تملك بنفس العقد لانها لم توجد بعد عند العقد .
بجامع ان كلا أحد بدلى الاجارة ، اما الاصل فالمنفعة ، واما الفرع فالاجرة ،
ولما كان حكم الاصل عدم امتلاكها بنفس العقد ، كان حكم الفرع كذلك فلا تملك الاجرة بنفس العقد أيضا لذلك .

(٢٥) أى على عدم تملكها بنفس عقد الاجارة .

(٢٦) فى نسخة ((ب)) : لم تلحق ./ وهو تحريف .

(٢٧) حيث لا يجوز تملكها بالشراء ولا تمليكها بالبيع .
بجامع عدم التخلق فى كل من الاصل وهو الثمرة المعدومة ، والفرع وهو المنفعة فى الاجارة . =

قلنا : [٢٨] المنفعة تملك بالعقد ، اذ لو لم تملك لما جاز العقود عليها ، كالثمرة المعدومة [٢٩] ثم نقلب فنقول : فوجب أن يمكن من التصرف فيه [٣٠] بمطلق العقد كالمنفعة . [٣١]

= ولما كان حكم الاصل عدم جواز تمليكها بالبيع ، كان حكم الفرع كذلك فلا تملك المنفعة فى الاجارة بنفس العقد أيضا لذلك .

(٢٨) فى نسخة ((ب)) : قلنا : نقلب فنقول ... الخ ومابينهما ساقط .

(٢٩) حيث لا يجوز العقد عليها بالبيع والشراء . لما فيه من الغرر لا نه لم يملكها بعد ، ولا حتمال أن تكون وان لا تكون . وقد روى الترمذى عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع النخل حتى يزهو ،
وفى رواية : نهى عن بيع السنبل حتى يبيض ويأمن العاهة ، نهى البائع والمشترى .أهـ
جـ٣ ص ٥٢٩ كتاب البيوع ، باب ماجاء فى كراهية بيع الثمرة حتى يبدو صلاحها ثم قال : حديث ابن عمر حديث حسن صحيح .أهـ

(٣٠) أى فى الاجر الذى هو أحد بدلى الاجارة .

(٣١) حيث يجب تمكينه منها بمطلق العقد .

بجامع ان كلا أحد بدلى الاجارة ، اما الاصل فالمنفعة ، واما الفرع فالاجرة ،

ولما كان حكم الاصل وجوب تمكين المستأجر من منفعة العين المستأجرة ، كان حكم الفرع كذلك ، فيجب تمكين المؤجر من الاجرة بنفس العقد أيضا لذلك .

قالوا : بدل (٣٢) لا يستحق فى المجلس عن مبدل (٣٣) يتعجل ، فلا يتعجل (٣٤) ، كالعوض فى القراض (٣٥) والجعالة (٣٦) والنفقة فى النكاح (٣٧) ، والثمن فى البيع بشرط الخيار. (٣٨)

---

(٣٢) أى الاجرة بدل . . . الخ .

(٣٣) فى الاصل : عن مبدل لا يتعجل ./ باثبات لا النافية ، والصواب حذفها .

(٣٤) سقط قوله (فلا يتعجل) من نسخة ((ب))-/ أى فلا يقدم الأجر على استيفاء المنفعة من العين المستأجرة .

(٣٥) حيث لا يقدم على العمل فى القراض بل يستحق بعده ، مع ان المبدل فيه وهو العمل يتعجل فيه أى يسبق الربح .

(٣٦) حيث لا يستحق الجعل فيها الا بعد تحصيل المعقود عليه ، مع ان العمل وهو المبدل يسبق الجعل فيها .

(٣٧) حيث لا تستحقها المرأة الا بعد مجلس العقد مع كون المبدل وهو تسليم نفسها يتقدم على النفقة لانه سببها .

(٣٨) حيث لا يستحقه البائع الا بعد مدة الخيار مع أنه بدل عن مبدل وهو المبيع يتعجل قبل الثمن .

بجامع ان كلا بدل لا يستحق فى المجلس عن مبدل يتعجل ، اما الاصل فالعوض فى القراض والجعالة والنفقة فى النكاح والثمن فى البيع بشرط الخيار ، واما الفرع فالاجرة فى الاجارة .

ولما كان حكم الاصل عدم تعجليه ، كان حكم الفرع كذلك فلا تقدم الاجرة على استيفاء المنفعة أيضا لذلك .

قلنا : يبطل بالمهر[٣٩]، وبه اذا شرط التعجيل[٤٠]. وبه[٤١] يخالف ماقاسوا عليه[٤٢]، فان هناك[٤٣] لو شرط التعجيل لم يتعجل ،وهاهنا[٤٤] يتعجـــل ، فهو[٤٥] كالثمن والمهر[٤٦].

* مسألة (٢٠٢) : لا يجوز فسخ الاجارة بالاعذار[١]. / ١٦٦ش.

---

(٣٩) حيث يعجل قبل تسليم المرأة نفسها فى النكاح ،مع أنه بدل عـــن مبدل - وهو تسليم المرأة نفسها للزوج - يتعجل أى يسبق تســـليم نفسها له .

(٤٠) أى ويبطل المعنى الذى ذكرتموه بما اذا شرط المؤجر تعجيل الاجـرة على الانتفاع حيث يجوز ذلك ويلزم المستأجر تقديمها . فصح انها تلـــزم بنفس العقد قبل الانتفاع .

(٤١) أى بشـــرط التعجيل .

(٤٢) وهو العوض فى القراض وسائر المذكورات بعده فى قياسهم .

(٤٣) أى فى الاصل المقيس عليه فى قياسهم .

(٤٤) أى فى الاجارة. حيث اذا شرط تعجيل الاجرة فى العقد جاز.

(٤٥) أى بدل الاجارة .

(٤٦) حيث يجوز فيه تعجيل الثمن على تسلم المبيع ، وتعجيل المهر علـــى تسليم المرأة نفسها فى النكاح .
والمقصود : اثبات ان بين الاصل والفرع فى قياسهم فارقا ،والقيـــــاس مع الفارق باطل .

(١) أى الطارئة على المستأجر بعد عقد الاجارة .
وصورة ذلك : أن يستأجر حماما ، ثم يتعذر وجود الوقود له ،أو أن يستأجر دابة لنقل شئ ،فيمرض المستأجر أو يسافر ،أو نحو ذلك من الاعـــــذار الطارئة على عقد الاجارة مادام العذر فى غير المعقود عليه.
أنظر المختصر ص ١٢٦ . الأم جـ٤ ص ٣٠ . المنهاج ص ٧٨ . =

وقال أبو حنيفة : اذا اكترى دكانا لبيع البز[٢] فاحترق البز أو جملا لحج فمرض . جاز له الفسخ[٣] .

لنا : هو انه عقد لا يجوز فسخه من غير عذر ، فلا يجوز فسخه من غير عيب في المعقود عليه ، كالبيع[٤] ولانه عذر لا يتضمن نقصا بالمعقود عليه ، فلا تفسخ به الاجارة كالغبن.[٥] ولانه أحد المتكاريين[٦] ، فلا يملك الفسخ

= وهو قول الحنابلة: شرح المنتهى جـ٢ ص ٣٧٣ . كشاف القناع جـ٤ ص٢٩ . المغنى جـ٥ ص ٣٣٢ .

(٢) في نسخة ((ب)) : لبيع البز ، واحترق المبيع . / وهو خطأ .
والبز : بموحدة من تحت مفتوحة ، بعدها زاى مشددة ، هو الثياب.
أنظر المختار ص ٥١ .

(٣) الهداية جـ٨ ص ٧٦ . التبيين جـ٥ ص ١٤٥ . مجمع الأنهر جـ٢ ص ٣٩٩ .
وهو قول المالكية : الشرح الصغير جـ٢ ص ٢٨١ . الجواهر جـ٢ ص ١٩٢ .
شرح المنح جـ٣ ص ٧٩٤ .
وبه يقول ابن حزم : المحلى جـ٩ ص ٥ بل وتنفسخ باضطرار احدهما للرحيل عن البلد فيما بقى من المدة . ص ١١ .

(٤) حيث لا يجوز فسخه من غير عيب في المبيع .
بجامع ان كلا عقد لا يجوز فسخه من غير عذر . اما الاصل فالبيع واما الفرع فالاجارة .
ولما كان حكم الاصل عدم جواز فسخه من غير عيب ، كان حكم الفرع كذلك فلا يجوز فسخ الاجارة بالاعذار أيضا لذلك .

(٥) حيث لا ينفسخ به العقد مع العلم ، ولا كذلك اذا غرر به البائع.
بجامع ان كلا عذر لا يتضمن نقصا بالمعقود عليه ، اما الاصل فالغبن واما الفرع فالاجارة .
ولما كان حكم الاصل عدم انفساخ العقد به ، كان حكم الفرع كذلك فلا تنفسخ الاجارة بالعذر أيضا لذلك .

(٦) أي المكترى .

بمرضه ،أو لارادة الانتقال الى بلد آخر كالمكرى[٧] .

قالوا : عليه ضرر فى المقام على الاجارة[٨] ، فثبت الفسخ ،كما لو ضرب عليه السن فأستأجر من يقلع فسكن الوجع[٩] ،أو استأجر دارا فانهدمت[١٠] .

قلنا : يبطل به اذا غبن فيها[١١] ، والسن اذا سكن انفسخ العقد ،لانه

---

(٧) حيث لا يملك الفسخ بالعذر .

بجامع ان كلا أحد المتكاريين ،اما الاصل فالمكرى ،واما الفرع فالمكترى .
ولما كان حكم الاصل عدم امتلاكه الفسخ بالعذر ،كان حكم الفرع كذلك
فلا يملك المكترى الفسخ بالعذر أيضا لذلك .

(٨) سقطت التاء فى (الاجارة) من نسخة((ب)) . / أى بعد طرو
العذر عليه .

(٩) حيث يثبت له الفسخ . لانتفاء الحاجة الى الاجارة على قلعه .

(١٠) حيث يجوز له فسخ العقد أيضا لفوات محل الانتفاع .

بجامع لحاق الضرر به فى الاقامة على الاجارة ،فى كل من الاصل وهو
مالو ضرب عليه سنه ثم سكن أو استأجر دارا فانهدمت ،والفرع وهو
لحاق العذر فى الاجارة .

ولما كان حكم الاصل انفساخ الاجارة به ،كان حكم الفرع كذلك فتنفسخ
الاجارة بالعذر أيضا لذلك .

(١١) أى فى الاجارة حيث لا يبطل به العقد وان لحق به الضرر فى
الاقامة عليه .

لانه هو المقصر فى معرفة البدل . ومحله مالم يكن تغرير
من المؤجر .

تعذر استيفاء المعقود عليه ، فهو[12] كما لو هلك المبيع.[13] والدار اذا انهدمت نقص المنافع المعقود عليها فهو كما لو عاب المبيع في يد البائع،[14] وهاهنا[15] لم يتعذر الاستيفاء ولا حصل نقص،[16] وانما حصل عذر في العاقد ، فهو كما لو اشترى جملا ليحج عليه[17] ، ثم مرض،[18] أو بستانا فعجز عن سقيه.[19]

---

(١٢) سقط من نسخة ((ب)) قوله (فهو كمالو هلك المبيع،والدار اذا انهدمت نقص المنافع المعقود عليها) .

(١٣) أي قبل أن يقبضه المشتري ، حيث ينفسخ به العقد .
بجامع تعذر استيفاء المعقود عليه في كل من الاصل وهو مالو هلك المبيع، والفرع وهو مالو ضرب عليه سنه فأستأجر من يخلعه فسكن .
ولما كان حكم الاصل انفساخ العقد به ،كان حكم الفرع كذلك فينفسخ العقد بسكون السن أيضا لذلك .

(١٤) حيث ينفسخ به البيع.
بجامع نقص المنافع المعقود عليها في كل من الاصل وهو مالو عاب المبيع في يد البائع والفرع وهو مالو استأجر دارا فانهدمت .
ولما كان حكم الاصل انفساخ العقد به ،كان حكم الفرع كذلك فتنفسخ الاجارة في الدار اذا انهدمت أيضا لذلك .

(١٥) أي في حال حصول العذر في غير المعقود عليه ،بأن يحصل في العاقد .

(١٦) في الاصل (نقض) باعجام الضاد . والصواب أهمالها كما في نسخة ((ب)) .

(١٧) في نسخة ((ب)) :للحج عليه .

(١٨) أي المشتري .

(١٩) حيث لا ينفسخ العقد به في الصورتين .
بجامع حصول العذر في العاقد لا المعقود عليه في كل من الاصل وهو مالو اشترى جملا ليحج عليه فمرض ،أو بستانا فعجز عن سقيه ،والفرع وهو مالو استأجر جملا ليحج عليه فمرض المستأجر.
ولما كان حكم الاصل عدم انفساخ البيع به ،كان حكم الفرع كذلك فلا تنفسخ الاجارة بحصول العذر في المستأجر أيضا لذلك .

قالوا : البقاء على العقد أحد موجبى الاجارة[٢٠]، فجاز مخالفته[٢١] بعذر غير العيب ،كرفع اليد بعد المدة[٢٢]، فانه يجوز مخالفته[٢٣] بأن تنقضى المدة والزرع لم يستحصد ،فيتركه باجرة الى الحصاد[٢٤] .

قلنا : يجوز أن يستحق مالم يعقد عليه ،تبعا للمعقود عليه ،للعذر ، ولا يفسخ فيما عقد عليه[٢٥] ، كالمشترى[٢٦] يستحق مالم يعقد عليه ،وهو نصيب

---

(٢٠) والموجب الثانى هو الفسخ .

(٢١) بأن يفسخه .

(٢٢) أى مدة الاجارة ، حيث يجب على المستأجر رفع يده عن العين المستأجرة بمضى المدة المتفق على الاجارة فيها .

(٢٣) أى عدم رفع اليد عن العين المستأجرة .

(٢٤) والمقصود: قياس فسخ العقد قبل المحل على ابقائه بعد المحل ، حيث يجوز ذلك .

بجامع ان كلا أحد موجبى الاجارة ، اما الاصل فالفسخ قبل المحل ، واما الفرع فابقاء العقد بعد المحل .

ولما كان حكم الاصل جواز ابقاء عقد الاجارة بعد انتهاء المدة للحاجة اليه ، كان حكم الفرع كذلك فيجوز فسخ الاجارة قبل انتهاء المدة بالعذر أيضا لذلك .

(٢٥) سقط لفظ (عليه) من الأصل . والأولى اثباته .

(٢٦) فى نسخة ((ب)) : كالمشترى فى بعض ماعقد عليه للحاجة اذا غلا ./ فى العبارة سقط وغموض .

الشريك بالشفعة، (٢٧) ثم لا يفسخ (٢٨) البيع في بعض ما عقد عليه، للحاجة .

* مسألة (٢٠٣) : لا تبطل الاجارة بالموت (١) . /١٦٦ش.

وقال أبو حنيفة : تبطل (٢) .

---

(٢٧) أي فيما اذا أراد الشفيع بيع نصيبه بعد ان ترك حقه في الشفعة، فان المشتري يستحق أن يأخذ حق الشريك بالشفعة .
فيكون قد استحق مالم يعقد عليه .

(٢٨) أي المشتري .

(١) أي بموت أحد المتكاريين .
أنظر : الأم جـ٤ ص ٣٠ . المختصر ص ١٢٦ . المنهاج ص ٧٨ .
وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى جـ٢ ص ٣٧٣ . كشاف القناع جـ٤ ص ٢٨ .
المغني جـ٥ ص ٣٤٧ .
وبه يقول المالكية ، الشرح الصغير جـ٢ ص ٢٨٠ . ق
قال الصاوي في البلغة في نفس الصفحة : ويقوم وارثه مقام مورثه ، الا في أربع مسائل : صبيان وفرسان : صبيا التعليم والرضاعة، وفرسا النزو والرياضة ، فحيث مات صبي التعليم أو الرضاعة انفسخت الاجارة ورجعا للمحاسبة ، وكذلك فرس النزو ، اذا استؤجر الفحل على اربع مرات فحملت من مرتين أو ماتت قبل التمام انفسخت ورجعا للمحاسبة ، وكذلك اذا استؤجر لفرس يروضها ويعلمها كيفية الجري فماتت ، فتنفسخ ويرجعان للمحاسبة. أهـ .
وأنظر الجواهر جـ٢ ص ١٩٢ . وقد نص في شرح المنح جـ٣ ص ٧٩٢ على أن عدم الفسخ بالموت هو أشهر الأقوال الأربعة في المذهب .

(٢) ومحله فيما لم يعقد الاجارة لغيره ، كالوكيل والوصي والمتولي في الوقف .
أنظر : الهداية جـ٨ ص ٨٤ . التبيين جـ٥ ص ١٤٤ . مجمع الانهر: جـ٢ ص ٤٠١ .
واليه ذهب ابن حزم : المحلي جـ٩ ص ٥ .

لنا : هو أنه ملك استوجبه بعقد ينتقل فى حياته ، فلم يبطل بموته ، كالبيع .(٣) ولا يلزم منفعة الوقف (٤)، لان الوقف ليس بعقد ، الا ترى أنه لا يفتقر الى القبول ، ولا أم الولد (٥)، لانها لا (٦) تنتقل فى حياته .(٧) ولانه حبس عين للاستيفاء ثبت له (٨) بعقد لازم ، فلا يبطل بموته ، كالرهن (٩)، ولانه عقد على منفعة ، عقدا لا يملك فسخه من غير عذر فلا يبطل بموته مع سلامة المعقود عليه ، كما لو زوج أمته ثم مات .(١٠)

---

(٣) حيث لا يبطل بموت أحد المتبايعين .
بجامع ان كلا ملك استوجبه بعقد ينتقل فى حياته ، اما الاصل فالبيع واما الفرع فالاجارة ،
ولما كان حكم الاصل عدم بطلانه بالموت كان حكم الفرع كذلك فلا تنفسخ الاجارة بموت أحد المتكاريين أيضا لذلك .

(٤) حيث ينفسخ الوقف بموت الموقوف عليه .

(٥) حيث لا يبطل عتقها بموت سيدها ، بل به تعتق .

(٦) سقط لفظ (لا) من الاصل .

(٧) أى واذا لم تنتقل فى حياته بالبيع ، أنظر المنهاج ص ١٦٢ .
لم تشملها العلة فى القياس المذكور ، فلا يعترض عليه بأم الولد لذلك .

(٨) أى للمكترى .

(٩) حيث لا يبطل بموت المرتهن .
بجامع ان كلا حبس عين للاستيفاء ، ثبت له بعقد لازم ، اما الاصل فالرهن واما الفرع فالاجارة .
ولما كان حكم الاصل عدم بطلان الرهن بموت المرتهن ، كان حكم الفرع كذلك فلا تبطل الاجارة بموت المستأجر أيضا لذلك .

(١٠) أى السيد ، حيث لا ينفسخ نكاحها بموته .
بجامع العقد على منفعة لا يملك العاقد فسخه من غير عذر فى كل من الاصل وهو مالو زوج امته ثم مات ، والفرع وهو مالو مات أحد المتكاريين .
ولما كان حكم الاصل عدم انفساخ العقد به ، كان حكم الفرع كذلك فلا تنفسخ الاجارة بموت أحد المتكاريين أيضا لذلك .

ولا يلزم اذا آجر الوقف ثم مات[١١]، [١٢] لان الموقوف عليه لا يؤجر الوقف في أصح الوجهين[١٣]، وانما يؤجر القيم[١٤]، وبموته لا تبطل[١٥]، ثم ذاك[١٦] لا يبطل بموته[١٧]، وانما باستحقاق[١٨] سابق[١٩] للبطن الثاني[٢٠]. ولهذا[٢١] يجوز للبطن الثاني أن يخاصم في تثبيته[٢٢]، ولان زوال الملك في العين المستأجره[٢٣] لا يبطل

---

(١١) في نسخة ((ب)) : ومات . / أي الواقف .

(١٢) حيث ينفسخ العقد به .

(١٣) لم أجد من نص على الوجه المذكور ، وانما ذكروا ان للموقوف عليه اجارة الوقف .

أنظر المنهاج ص ٨١ وشروحه ، باب الوقف ، والوجيز والمهذب والتنبيه ، وغيرها .

(١٤) في نسخة ((ب)) : القسم . / والقيم ، بفتح الأول وتشديد الياء المكسورة هو متولي شئون الوقف والناظر فيه .

(١٥) أي بموت متولي الوقف لا يبطل الوقف . أنظر المنهاج ص ٧٨ .

(١٦) أي عقد اجارة الوقف .

(١٧) أي موت مؤجر الوقف .

(١٨) في نسخة ((ب)) : وانما يبطل باستحقاق ... الخ .

(١٩) أي على عقد الاجارة المذكور .

(٢٠) أي الجيل الثاني من الموقوف عليهم ، كأبناء الابناء .

(٢١) في نسخة ((ب)) : ولهذا لا يجوز ... الخ .

(٢٢) أي تثبيت عقد الاجارة .

(٢٣) بأن باعها المؤجر أو وهبها .

الاجارة ،(٢٤) كما لو أجر(٢٥) عبده ثم أعتقه(٢٦).

قالوا : عقد على المنفعة فانفسخ بموت المعقود له ،(٢٧) كالنكاح والعارية والقراض.(٢٨)

قلنا : يبطل به اذا زوج امته ،ثم مات ،(٢٩) ثم ان(٣٠) النكاح لا يبطل بموت الزوجين ، بل ينتهي بالموت ،لانه معقود الى الموت ، فهو كالاجارة اذا انتهت ،(٣١) ولهذا يتعلق به(٣٢) الميراث والعدة وجواز

---

(٢٤) في نسخة ((ب)) : لا يبطل الاجل .

(٢٥) سقط قوله (اجر) من الاصل .

(٢٦) حيث لا يبطل به عقد الاجارة .

(٢٧) في نسخة ((ب)) : المعقود عليه . /
والصواب مافي الاصل لأن محل الخلاف في المسألة هو مالو تلف أحد العاقدين ،لافي تلف المعقود عليه فانها تنفسخ حينئذ قطعا .

(٢٨) حيث تنفسخ هذه العقود بموت أحد العاقدين فيها .
بجامع العقد على المنفعة في كل من الاصل وهو النكاح والعارية والقراض ،والفرع وهو الاجارة .
ولما كان حكم الاصل انفساخه بموت أحد العاقدين ، كان حكم الفرع كذلك فتنفسخ الاجارة بموت أحد المتكاريين أيضا لذلك .

(٢٩) حيث لا ينفسخ نكاحها بموت سيدها .

(٣٠) سقط لفظ (ان) من نسخة ((ب)) .

(٣١) أي مدتها . حيث يقال انها عقد مستوفى ، ولا يقال : انفسخ أو بطل ، اذا انتهت مدة الاجارة فيه .

(٣٢) أي بعقد النكاح .

الغسل ، (٣٣) ثم الزوجان (٣٤) معقود عليهما ، (٣٥) ولهذا يجب تعيينهما . فوزانه (٣٦) من الاجارة أن يؤجر نفسه ، ثم يموت ، (٣٧) والعاقد هاهنا (٣٨) غير معقود عليه ، (٣٩) فوزانه من النكاح أن يزوج امته ، ثم يموت ، (٤٠) واما العارية فهو اباحة ، ولهذا لا يملك المعير (٤١) أخذ العوض عنه ، (٤٢) فهو كالطعام اذا

---

(٣٣) أى غسل كل من الزوجين لصاحبه اذا مات .

(٣٤) فى نسخة ((ب)) : ثم الزوجات معقود عليهن . / أى على فرض التسليم بأن عقد النكاح يبطل بالموت .

(٣٥) أى ولا كذلك مانحن فيه ، لان العاقدين معقود لهما وليس معقودا عليهما .

(٣٦) من قوله (فوزانه من الاجارة) الى قوله (فوزانه من النكاح) ساقط من نسخة ((ب)) .

(٣٧) حيث تبطل الاجارة بموته لفوات مابه المنفعة المستأجرة بفوات محلها .

(٣٨) أى فى مسألة موت أحد المتكاريين أو كلاهما .

(٣٩) أى بل معقود له . أى فهذا فارق بين الاصل والفرع فى قياسهم فيبطل به .

(٤٠) حيث لا ينفسخ عقد نكاحها بموته .

(٤١) فى الأصل ونسخة ((ب)) : المستعير . / وهو تحريف ولعل الصواب ماأثبتناه ، لأن المستعير معط للعوض ، والمعير أخذ له ، لا العكس فيما لو جاز له ذلك .

الا أن تحمل على معنى : ان المستعير ليس له ان يؤجر العين المعارة .

فتصح العبارة اذن .

(٤٢) أى النفع الحاصل من الشئ المعار .

أبيح له (٤٣)، وهذا تمليك (٤٤)، ولهذا يملك المستأجر أخذ العوض عنه (٤٥)، فهو كالطعام المشترى (٤٦)، ثم المعنى في العارية والقراض (٤٧) انهما من العقود الجائزة (٤٨)، وهذا (٤٩) من العقود اللازمة (٥٠)، فهو كالبيع (٥١).

---

(٤٣) حيث ليس للمبيح أخذ عوضه أيضا .
بجامع الاذن به في كل من الاصل وهو مالو أباح له الطعام والفرع وهو العارية .
ولما كان حكم الاصل عدم أخذ العوض عنه ، كان حكم الفرع كذلك فلا يأخذ عوض العارية أيضا لذلك .

(٤٤) أى الاجارة ، تمليك للمنافع في المعقود عليه .

(٤٥) بأن يؤجر ما استأجره لغيره .

(٤٦) حيث يجوز له بيعه وأخذ العوض عنه .
بجامع التمليك في كل من الاصل وهو الطعام المشترى ، والفرع وهو العين المستأجرة .
ولما كان حكم الاصل جواز أخذ العوض عنه ، كان حكم الفرع كذلك فيجوز أخذ العوض من العين المستأجرة أيضا لذلك .

(٤٧) أى السبب أو العلة التى من أجلها انفسخ العقد بموت أحد العاقدين .

(٤٨) وهى التى يجوز لاحد المتعاقدين الخروج منها ، وان لم يرض الآخر ، ومثل العارية فيه : الشركة والوكالة والقرض والوصية والوديعة والجعالة قبل الفراغ ، وغير ذلك .
أنظر الأشباه للسيوطى ص ٢٧٥ . القول في العقود ، في التقسيم الثانى للعقود .

(٤٩) أى عقد الاجارة .

(٥٠) لتوقف الخروج منها على رضا الطرفين ، ومثل الاجارة أيضا : البيع والصرف والسلم والتوليه ، والتشريك وصلح المعاوضة والحوالة والمساقاة والصداق وعوض الخلع .

(٥١) حيث لا ينفسخ بموت أحد المتبايعين .
بجامع ان كلا من العقود اللازمة ، اما الاصل فالبيع واما الفرع فالاجارة ، =

قالوا : ولان المؤجر لا يملك مايحدث (٥٢) بعد الموت ، فلا يستحق (٥٣) باجارته (٥٤) ، كما لو أجر مال أجنبي (٥٥) ، والمستأجر لا يملك (٥٦) عليه أجرة مايحدث بعد الموت (٥٧) ، فلا يؤخذ من تركته مالم يجب عليه في حياته .

قلنا : هذا (٥٨) يدل (٥٩) على أن المنفعة والاجرة لا تملك الا حالا فحالا وقد بينا ان الجميع يملك بنفس العقد (٦٠) ، ثم يبطل ماقالوا في

= ولما كان حكم الاصل عدم انفساخه بموت أحد المتبايعين ، كان حكم الفرع كذلك ، فلا تنفسخ الاجارة بموت أحد المتكاريين أيضا لذلك .

(٥٢) أي من النماء والغلة في العين المؤجرة .

(٥٣) أي مايحدث من النماء في العين المؤجرة . لانتقال الملك في العين المؤجرة الى الورثة .

(٥٤) أي بعقد الاجارة السابق على موته .

(٥٥) حيث لا يستحق الاجرة فيه .

بجامع عدم الملك في كل من الاصل وهو مالو اجر مال أجنبي والفرع وهو مالو مات أحد المتكاريين .

ولما كان حكم الاصل عدم استحقاقه الاجرة باجارته مال الأجنبي . كان حكم الفرع كذلك فلا يستحق المؤجر الاجرة اذا مات المستأجر أيضا لذلك .

(٥٦) أي لا يلزمه .

(٥٧) أي بعد موته ، من انتفاع غيره بالعين المستأجرة .

(٥٨) أي التعليل الذي ذكروه .

(٥٩) في نسخة ((ب)) : هذا بناء على أن .... الخ .

(٦٠) أنظر المسألة الأولى من مسائل الاجارات .

موت المؤجـــر بـه (٦١) (٦٢) اذا زوج أمته ثم مات ، واذا اجر عبده ثم أعتقـــــه (٦٣) ، وماقالوا في (٦٤) موت المستأجر به (٦٥) اذا حفـــر (٦٦) بئراً ومات (٦٧) ثم وقع فيها بـهيمة (٦٨).

---

(٦١) أى من أن المؤجر لا يملك مايحدث في ملكه بعد الموت فلا يستحق الاجرة عليـه .

(٦٢) الجار والمجرور متعلق بيبطل . والتقدير: ثم يبطل بالمعنى الذى قالوا فيما اذا زوج امته . . . الخ .

(٦٣) حيث لا ينتقض النكاح في الصورة الأولى ، ولا تبطل الاجارة في الثانية .

(٦٤) في نسخة ((ب)) : وماقالوه ./ وهو ان المستأجر لا يلزمه اجـــرة مايحدث بعد موته من انتفاع بالعين المستأجرة . لا رتفاع سبب اللـــزوم بموته .

(٦٥) الجار والمجرور هنا متعلق بيبطل أيضا ، والتقدير : ثم يبطل بالمعنى الذى قالوه في المستأجر فيما اذا حفر بئرا ومات . . . الخ .

(٦٦) أى بما اذا استأجر أرضا وحفر فيها بئرا ثم مات . . . الخ . . وهـــذه هي صورة الابطال المذكور .

(٦٧) سقط قوله (ومات) من الاصل . واثباتها ضرورى لان المراد بهـــذه الصورة اثبات بقاء العلقة بين المستأجر والمؤجر في عقد الاجارة بعـــد الموت .

(٦٨) حيث يجب الضمان فيها على المستأجر دون صاحب الأرض أعني المؤجـــر لها ، ووجوب الضمان عليه دليل على عدم انفساخ عقد الاجارة بموتـــه ، والا لوجب ضمان البهيمة على المؤجر ، لأن الأرض ملكه وتحت يده .

أى فدل على أن بالموت لا تنقطع الرابطة مع المؤجر ، فصح أن العقـــد لا ينفسخ بموت أحد المتعاقدين .

* مسألة (٢٠٤) : اذا قال : اجرتك هذه الدار كل شهر بدرهم ، لم تصح الاجارة فى أصح القولين (١) . / ١٦٧ ى .

وقال أبو حنيفة : تصح فى الشهر الأول (٢) .

---

(١) ومحله ما لم يسم جملة الأشهر ، كأن يقول : استأجرتها عشرة أشهر كل شهر بدرهم .

والقول الثانى : انها تصح فى الشهر الأول لانه معلوم ، وتفسد فيما عداه للجهالة

وبه يقول أبو سعيد الاصطخرى كما قال الرافعى .

أنظر : الوجيز جـ١ ص ٢٣٣ . فتح العزيز جـ١٢ ص ٢٤٢ . التى تليها مغنى المحتاج جـ٢ ص ٣٤٠ .

(٢) الهداية جـ٨ ص ٣٦ . التبيين جـ٥ ص ١٢٢ . مجمع الأنهر جـ٢ ص ٣٨٢ .

وذهب الحنابلة الى صحة هذا العقد مطلقا .

أنظر: شرح المنتهى جـ٢ ص ٣٥٦ . كشاف القناع جـ٣ ص ٥٤٨ . وذكر فى المغنى جـ٥ ص ٣٣٢ انه عقد باطل فى رواية أخرى .

وبصحته أيضا يقول المالكية ، وتبدأ مدة الاجارة من حين العقد ، لان الكراء لا يجوز على مدة غير معينة .

أنظر : الشرح الكبير جـ٤ ص ٤٤ . الجواهر جـ٢ ص ١٩٥ . شرح المنح جـ٣ ص ٨١٣ .

ولم أقف على قول ابن حزم فى هذه المسألة صريحا الا أنه لا بد من ذكر المدة فى الاجارة عنده سواء كانت المدة قصيرة أو طويلة اذا أمكن بقاء المستأجر والمؤجر والعين المؤجرة اليها .

أنظر المحلى جـ٩ ص ١٣ .

لنا : انه عقد الاجارة على مدة مجهولة ،فأشبه اذا قال : اجرتك مدة بدرهم . (٣)

قالوا : الشهر الأول معلوم واجرته معلومة ،فأشبه اذا قال : اجرتك هذا الشهر بدرهم ،وما زاد بحسابه . (٤)

قلنا : هذه العلة (٥) موجودة في الشهر الثاني والثالث (٦) وسائر الشهور ، ثم لا يصح (٧) ، ولان العقد لم يقع (٨) على الشهر الأول ، بل عقد (٩) على كل

---

(٣) حيث لا يصح العقد فيه.
بجامع جهالة المدة في كل من الاصل وهو مالو قال اجرتك مدة بدرهم.
والفرع وهو مالو قال اجرتك هذه الدار كل شهر بدرهم .
ولما كان حكم الاصل البطلان ،كان حكم الفرع كذلك فلا تصح الاجارة بقوله : اجرتك هذه الدار كل شهر بدرهم أيضا لذلك .

(٤) حيث يصح العقد به في الشهر ويفسد فيما عداه .
بجامع ان كلا عقد معلوم المدة ،اما الاصل فهو مالو قال : اجرتك هذا الشهر بدرهم ومازاد بحسابه ، واما الفرع فهو مالو قال اجرتك هذه الدار كل شهر بدرهم .
ولما كان حكم الاصل الصحة ،كان حكم الفرع كذلك فتصح الاجارة فيه أيضا لذلك .

(٥) وهي المعلومية في الاجر والمدة في الشهر الأول .

(٦) في نسخة ((ب)) : من سائر الشهور.

(٧) أي فبطل أن يكون الوصف الذي جعلوه علة في الحكم معتبرا ، لتخلف الحكم عنه في الشهر الثاني والثالث مع وجود تلك العلة فيه .

(٨) في الأصل : لا يقع ./ ومافي نسخة ((ب)) هو الصواب .

(٩) بالبناء للمجهول .

شهر وذلك جملة مجهولة،(١٠) فلم يصح . ويخالف ماقاسوا عليه ،(١١) فانه أفـــرد الأول بالعقد وعطف عليه عقدا مجهولا ،(١٢) فصح المعلوم(١٣) وبطل المجهول.(١٤)

* مسألة (٢٠٥): اذا قال : اجرتك هذه الدار شهرا . لم يصح(١) ./٦٧١ى .

وقال أبو حنيفة : يصح فى شهر من حين العقد.(٢)

---

(١٠) أى مجهولة الآخر لعدم ذكره فى العقد . واما الأول فمعلوم لامكـــان حمله على وقت العقد .

(١١) وهو مالو قال : اجرتك هذا الشهر بدرهم فما زاد فبحسابه .

(١٢) فى الأصل : فانه اذا أفرد الأول بالعقد ، وعطف عليه عقدا علـــى مجهول ، فصح المعلوم وبطل المجهول ./ وماأثبتناه من نسخة ((ب)) أولى لوضوحه .

(١٣) وهو الشهر .

(١٤) وهو مازاد على الشهر .

أى فثبت ان بين الاصل والفرع فارقا ،فيبطل به قياسهم المذكور.

(١) ومحله مالم يقل : من الان . قاله ابن الرفعة ،أى لانه يكون مجهـــول الأول .

لكن الذى ذكره الشربينى انه يجوز وتجعل ابتداء المدة من وقت العقـــد لانه المتعارف .

أنظر : مغنى المحتاج جـ٢ص٣٤٠ . التنبيه ص٨٤ .

وهو قول الحنابلة : كشاف القناع جـ٣ ص٥٤٩ . لكن الذى ذكره فى المغنى جـ٥ ص٣٢٤ . انه يصح ويكون ابتداؤه من حين العقد . ثم حكى عن بعـــض الاصحاب انه لا يصح حتى يسمى الشهر والسنة وفاقا للشافعى .

وهو قول ابن حزم أيضا : أنظر المحلى جـ٩ ص١٧ .

(٢) الهداية جـ٨ ص٣٧ . التبيين جـ٥ ص١٢٣ . مجمع الأنهر جـ٢ص٣٨٢ .

وهو أحد قولى المالكية .

أنظر: الشرح الكبير جـ٤ ص٥٤ . الجواهر جـ٢ ص١٩٦ . شرح المنـــح : جـ٣ ص٨١٤ .

لنا : ان الشهر تقدير للمعقود عليه ، وليس بتعيين (٣) ، كما لو قال بعتك عبدا (٤) .

قالوا : عقد على مدة مطلقة ، فاقتضى المدة من حين العقد ، كالأجل في البيع (٥) .

قلنا : لأن القصد في الأجل المرفق (٦) ، بتأخير المطالبة ، فحمل على مايعقب العقد ، وهاهنا (٧) القصد تقدير المعقود عليه ، فلم يتعين به (٨) .

---

(٣) في نسخة ((ب)) : وليس بتعيين له ، فصار كما لو ... الخ .

(٤) حيث لا يصح ذلك العقد .
بجامع عدم التعيين في كل من الاصل وهو مالو قال بعتك عبدا ، والفرع وهو مالو قال اجرتك هذه الدار شهرا .
ولما كان حكم الاصل البطلان ، كان حكم الفرع كذلك فلا تصح الاجارة بقوله : اجرتك هذه الدار شهرا أيضا لذلك .

(٥) حيث اذا اشترط المشترى تأجيل الثمن في البيع صح البيع وابتدأ الاجل من وقت العقد .
أنظر مجمع الأنهر جـ٢ ص ٩ .
بجامع العقد على مدة مطلقة في كل من الاصل وهو الأجل في البيع والفرع وهو الأجل في الاجارة .
ولما كان حكم الاصل حمله على وقت العقد ، كان حكم الفرع كذلك فيحمل العقد في الاجارة على وقت العقد أيضا لذلك .

(٦) أي بالمشترى ، بتأخير مطالبة البائع له بالثمن .

(٧) أي في الاجارة .

(٨) أي بما يعقب العقد .
والمقصود : اثبات ان بين الاصل والفرع فارقا ، يبطل به قياسهم المذكور .

* مسـألة (٢٠٦) : اذا عقد الاجارة على مدة مستقبلة، لم تصح[1]. /٦٧ أ ى.

وقال أبو حنيفة : تصح[2].

لنا : انه معاوضة على معين ، شـرط فيه تأخير التسليم ، فلم يصـح ، كالبيع[3]. ولانه عقد يتقسط العوض فيه على المعوض تناول معينا على صـفة ، لا يمكن الشروع فى قبضه عقيب العقد ، فبطل ، كبيع الطير فى الهواء أو السمك فى الماء[4] ،

---

(١) الوجيز جـ١ ص ٢٣١ . المنهاج ص ٧٦ . ومحل عدم صحته ما اذا وردت الاجارة على عين ، والا بان وردت على الذمة ، كألزمت ذمتك الحمل الى مكة أول شهر كذا . فيجوز ، وفى اجارة العين السنة الثانية لمستأجر السنة الأولى قبل انقضائها خلاف والأصح جوازه.
أنظر شرح المحلى جـ٣ ص ٧١.
وهو قول ابن حزم : المحلى جـ٩ ص٥.

(٢) التبيين جـ٥ ص ١٤٨ . مجمع الأنهر جـ٢ ص ٤٠٤.
وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى جـ٢ ص ٣٦٤ . كشاف القناع جـ٤ ص ٤ المحرر جـ١ ص ٣٥٧.
وبه يقول المالكية : الشرح الكبير جـ٤ ص ٤٦ . الجواهر جـ٢ ص ١٩٦ . شـرح المنح جـ٣ ص ٨١٧.

(٣) حيث لا يجوز فيه اشتراط تأخير تسليم المبيع.
بجامع ان كلا معاوضة على معين شرط فيه تأخير التسليم ، اما الاصل فالبيع واما الفرع فالاجارة ،
ولما كان حكم الاصل المنع ، كان حكم الفرع كذلك فلا يصح الاجارة على مدة مستقبلة أيضا لذلك.

(٤) حيث لا يصح به العقد لما فيه من الغرر.
بجامع عدم امكان القبض بعد العقد عليه فى كل من الأصل وهو بيع الطير فى الهواء والسمك فى الماء ، والفرع وهو الاجارة على مدة مستقبلة.
ولما كان حكم الاصل بطلان العقد فيه ، كان حكم الفرع كذلك فلا تصح الاجارة على مدة مستقبلة أيضا لذلك.

ولا يلزم نكاح الصغيرة (٥)، لانه لا يتقسط المهر على الوطئات (٦) ولأنا نفرض المسألة في : من أجر من رجل شهرا ثم اجر شهرا بعده من آخر، (٧) فنقول : عقد يوجب حبس العين للاستيفاء فلا يجتمع اثنان في حالة واحدة، كالرهن. (٨)

قالوا : عقد على ماليس بعين (٩)، فجاز شرط تأخيرا لتسليم، كالسلم. (١٠)

---

(٥) حيث يصح العقد عليها مع كون الدخول بها مؤجلا الى الامكان، فكان عقدا على منفعة تستوفى في المستقبل .

(٦) أى بخلافه في الاجارة، فانها تنقسم على عدد الايام فهي تستوفى شيئا بعد شئ .

(٧) أى قبل انتهاء مدة الاجارة في الشهر الأول .

(٨) حيث لا يجوز رهن شئ واحد في مقابل حقين لشخصين مختلفين .
بجامع ان كلا عقد يوجب حبس العين للاستيفاء ، اما الاصل فالرهن، واما الفرع فالاجارة .
ولما كان حكم الاصل عدم جواز حبس العين المرهونة لشخص على شخص آخر بعده كان حكم الفرع كذلك فلا يصح الاجارة على مدة مستقبلة أيضا لذلك .

(٩) أى على منفعة .
وفي نسخة ((ب)) : ماليس بمعين . / وهو تحريف بدليل ماسيذكره في الجواب عليه .

(١٠) حيث يتأخر فيه تسليم المسلم فيه .
بجامع العقد على ماليس بعين في كل من الاصل وهو السلم والفرع وهو الاجارة على مدة مستقبلة .
ولما كان حكم الاصل الجواز فيه ، كان حكم الفرع كذلك فيجوز الاجارة على مدة مستقبلة أيضا لذلك .

قلنا : وان لم يكن عينا الا أنها[11] كالعين ،بدليل انه يبطل[12] بهلاك العين ،كبيع العين[13] ويجوز[14] بأجرة مؤجلة بخلاف السلم[15] . ثم نقلب فنقول : فلا يجوز تأخير البدلين[16] كالسلم[17] ، ثم العقد هناك[18] على دين ، فهو كالاجارة فى الذمة[19] ، وهذا[20] عقد على معين ، فهو كبيع العين[21] .

---

(١١) أى المنافع المعقود عليها فى الاجارة .

(١٢) أى عقد الاجارة .

(١٣) حيث يبطل عقد البيع بهلاك المبيع قبل القبض .

(١٤) أى ويجوز العقد على منفعة باجرة مؤجلة .

(١٥) حيث لا يجوز فيه تأخير رأس المال عن مجلس العقد . أى والقياس مع الفارق باطل .

(١٦) أى معا .

(١٧) حيث لا يجوز تأخير رأس المال والمسلم فيه معا عن مجلس العقد ، بجامع ان كلا عقد على ماليس بعين ، اما الاصل فالسلم واما الفرع فالاجارة على مدة مستقبلة .
ولما كان حكم الاصل عدم جواز تأخير البدلين فيه ، كان حكم الفرع كذلك فلا يجوز تأخير المنفعة فى الاجارة أيضا لذلك .

(١٨) أى فى السلم .

(١٩) وهى ماوردت الاجارة فيها على الذمة كاستئجار دابة موصوفة أو الزام ذمته خياطة أو بناء ، حيث يجوز فيها العقد على مدة مستقبلة لكن يشترط تسليم الاجرة فى المجلس . أنظر المنهاج ص ٧٦ .
بجامع العقد على دين فى كل من الاصل وهو الاجارة فى الذمة ، والفرع وهو السلم . ولما كان حكم الاصل هو الجواز ، كان حكم الفرع كذلك فيجوز عقد السلم أيضا لذلك .

(٢٠) أى الاجارة على عين فى مدة مستقبلة .

(٢١) حيث لا يجوز فيه تأخير تسليم المبيع .
بجامع العقد على معين فى كل من الاصل وهو بيع العين والفرع وهو =

قالوا : لو عقد على شهرين جاز وان كان الثانى متراخيا عن العقد ، فكذلك اذا افرده .(٢٢)

قلنا : لا يمتنع أن يجوز العقد عليه مع غيره ، ولا يجوز مفردا ، كالمشاع فى الرهن والاطراف مع الجملة ،(٢٣) ولانه ان عقد عليه(٢٤) مع الأول ، أمكن الشروع فى قبض المعقود عليه(٢٥) عقيب العقد ، وان تأخر بعضه عن بعض ، فهو كما لو باع صبرة مكايلة ،(٢٦) واذا افرده لم يمكن الشروع عقيب العقد .

= اجارة العين . ولما كان حكم الاصل عدم جواز تأخير تسليم المبيع كان حكم الفرع أيضا كذلك فلا يجوز الاجارة على مدة مستقبلة أيضا لذلك .

(٢٢) أى الشهر الثانى ، أى فيصح العقد عليه منفردا عن الأول ، فتقع فيه الاجارة على مدة مستقبلة .

(٢٣) حيث يجوز رهن المشاع مع ان فيه ملكا للغير ولا يتوقف صحة الرهن على اذنه مع أنه لا يجوز رهن ملك الغير منفردا بلا اذن . ويجوز بيع الاطراف مع جملة الحيوان مع كونها لا تفرد فى البيع لعدم الانتفاع بها وهو حى ،

(٢٤) أى على الشهر الثانى .

(٢٥) وهو منافع الشهرين .

(٢٦) لانه سيستوفى صبرة الطعام كيلا بعد كيل . فلم يكن لتأخر قبض الكيل الثانى عن الأول اثر فى المنع من صحة البيع ، مادام أن العقد قد وقع على جملة الصبرة .

والجامع فى القياس المذكور هو امكان الشروع فى قبض المعقود عليه فى كل من الاصل وهو مالو باع صبرة مكايلة ، والفرع وهو مالو عقد الاجارة على شهرين .

ولما كان حكم الاصل صحة العقد فيه ، كان حكم الفرع كذلك فتصح الاجارة على شهرين معا أيضا لذلك .

فى قبض المعقود عليه ، فهو كما لو باع طيرا فى الهواء (٢٧).

قالوا : ولانا نفرض الكلام فيمن اجر شهرا ثم أجر من آخر شهرا ، فنقول : عقد على المنفعة ، فجاز أن يعقد فى وقت واحد لواحد بعد واحد ، كما لو وقف على بطن بعد بطن (٢٨) أو وصى لزيد بعد عمرو (٢٩).

قلنا : الوقف حجة لنا ، لانه لو أفرد البطن الثانى لم يصح (٣٠)، فليكن هاهنا (٣١)

---

(٢٧) حيث لا يجوز ذلك .
بجامع عدم امكان الشروع فى قبضه عقيب العقد فى كل من الاصل وهو مالو باع طيرا فى الهواء ، والفرع وهو الاجارة فى مدة مستقبلة .
ولما كان حكم الاصل البطلان فيه ، كان حكم الفرع كذلك فلا يصح عقد الاجارة على مدة مستقبلة أيضا لذلك .

(٢٨) كأن يقول : وقفت هذه الدار على أولادى ، فان ماتوا جميعا فعلى أولادهم ، وهكذا .

(٢٩) حيث يصح العقد فى الصورتين مع عدم امكان تسليم المعقود عليه للبطن الثانى فى الصورة الأولى ولزيد فى الثانية .

بجامع العقد على المنفعة فى كل من الاصل وهو مالو وقف على بطن بعد بطن أو وصى لزيد بعد عمرو ، والفرع وهو مالو اجر شهرا ثم أجر من آخر شهرا ، ولما كان حكم الاصل الجواز ، كان حكم الفرع كذلك فيصح العقد فى اجارة شهر ثم اجارة شهر آخر أيضا لذلك .
واذا صح العقد هنا دل على جواز عقد الاجارة على مدة مستقبلة .

(٣٠) لعدم امكان تمليكه ، اذ هو معدوم وقت الوقف . وامكان تمليك الموقوف عليه ، شرط فى صحة الوقف .
أنظر المنهاج ص ٨٠ .

(٣١) أى فى الاجارة على مدة مستقبلة .

كذلك[٣٢]، ثم الوقف والوصية يصح تعليقهما على الصفات[٣٣]، والاجارة لا يجوز تعليقها على الصفات.[٣٤]

* مسألة (٢٠٧) : لا يجوز شرط الخيار فى الاجارة.[١] /١٦٧ش.

---

(٣٢) أى فقولوا بعدم صحة الاجارة فى الشهر الثانى مفردة عن الأول لعدم صحة الوقف على البطن الثانى مفردا ، واذا ثبت ذلك صح ان العقد على مدة مستقبلة فى الاجارة لا يجوز أيضا لعدم امكان تسليم المعقود عليه عقب العقد فيهما .

(٣٣) أى على الشروط ، لانها عقود تبرع فلا يؤثر فيها الغرر وعدم التسليم عقب العقد .

(٣٤) لانها عقد معاوضة فيؤثر فيها الغرر وعدم التسليم عقب العقد .
أى وهذا فارق بين الاصل والفرع يبطل به قياسهم المذكور.

(١) ومحل الخلاف هو ما اذا كانت الاجارة على عين ، والا بان كانت على ذمة فيجوز قطعا .

أنظر فتح العزيز جـ٨ ص ٣١٥ . وقد صرح فى المنهاج ص ٤٧ ان عدم جواز شرط الخيار فى الاجارة هو أصح القولين ، فقال : ولا خيار فى الابراء والنكاح والهبة بلا ثواب وكذا ذات الثواب والشفعة والاجارة والمساقاة ، والصداق فى الأصح . أهـ .
قال المحلى فى شرح المنهاج فى المسائل الخمس : لانها لا تسمى بيعا ، والثانى يثبت فيها لأن الهبة بثواب فى المعنى بيع .... والاجارة بيع للمنافع .. الخ . أهـ جـ ٢ ص ١٩١ .
ونص السيوطى فى الاشباه على أن عدم ثبوت خيار الشرط فى الاجارة هو الأصح . أنظره ص ٥٢٥ .

وقال أبو حنيفة : يجــــوز.(٢)

لنا : هو انه عقد يقصد به المنفعة ، فأشبه النكاح(٣) ، ولان مدة الخيار

---

(٢) الهداية جـ٨ ص ٨٥. التبيين جـ٥ ص ١٤٥. مجمع الانهر جـ٢ص ٣٩٩.

واجاز الحنابلة شرط الخيار فى الاجارة فى الذمة ،كالاستئجار لخياطة ثوب بشرط الخيار أو اجارة على مدة لا تلى العقد ،واما اجارة العـــين فلا يصح شرط الخيار فيها ان وليت المدة العقد ،بأن اجره شهرا مـــن الان ، لانه يؤدى الى استيفاء المنافع فى مدة الخيار.

أنظر كشاف القناع جـ٣ ص ١٩١. خيار الشرط فى البيوع. شرح المنتهـى جـ٢ ص ١٦٧.

وذكر فى المغنى جـ٣ ص ٥٠٥ رواية بالجواز مطلقا.

وبجواز شرط الخيار فى الاجارة يقول المالكية أيضا.

أنظر : الشرح الكبير جـ٣ ص ٩٧ وحاشية الدسوقى عليه. الجواهـــــر جـ٢ ص ٣٥. شرح المنح جـ٣ ص ٦١٦.

ولم أقف على قول ابن حزم فى هذه المسألة صريحا ،ولا يقال ان الاجـــارة نوع بيع ،وهو لا يجيز شرط الخيار فى البيع. أنظر المحلى جـ٩ ص ٣٢٨ فليكن المنع هنا قوله أيضا ،لاننا نقول انه لا يقول بأن الاجارة نوع بيـع. أنظر المحلى جـ٩ ص ٣.

(٣) حيث لا يجوز فيه شرط الخيار.

بجامع ان كلا عقد يقصد به المنفعة. اما الاصل فالنكاح واما الفــرع فالاجارة.

ولما كان حكم الاصل عدم صحة شرط الخيار فيه ، كان حكم الفرع كذلـــك فلا يصح شرط الخيار فى الاجارة أيضا لذلك.

ان دخلت في العقد ، فقد عقد (٤) العقد على صفة (٥) لا يلزمه (٦) ضمان بعض المعقود عليه ، (٧) فلم يجز ، كما لو باع عبدين على أن لا يلزمه (٨) ثمن أحدهما (٩) ، وان لم تدخل (١٠) في العقد ، صار العقد مضافا الى مابعد المدة (١١) ، فلم يجز كاضافة البيع الى مالا يوجد (١٢) .

قالوا : عقد مغابنة لا يعتبر فيه التقابض في المجلس، (١٣) فأشبه البيع. (١٤)

---

(٤) أي المؤجر .

(٥) وهي شرط الخيار .

(٦) أي المستأجر .

(٧) وهو جزء المنفعة الكائن في مدة الخيار .

(٨) سقط حرف (لا) من الاصل ./ أي وهو بالخيار فيه .

(٩) أي وهو بالخيار في الاخر ، حيث لا يصح ذلك العقد .
بجامع العقد على صفة لا يلزمه بها ضمان بعض المعقود عليه في كل من الاصل وهو مالو باع عبدين على ألا يلزمه ثمن أحدهما ، والفرع وهو مالو استأجر بشرط الخيار .

(١٠) أي مدة الخيار .

(١١) أي وذلك مبطل للعقد لان من شرط صحة الاجارة على العين امكان التسليم عقب العقد .

(١٢) أي في الحال ، وفي نسخة ((ب)) : ما يوجد/أي في المستقبل .
والجامع في القياس المذكور هو اضافة العقد الى مابعد مدة العقد في كل من الاصل وهو مالو باع مالم يوجد ، والفرع وهو شرط الخيار في الاجارة .
ولما كان حكم الاصل بطلان العقد فيه ، كان حكم الفرع كذلك فلا يصح عقد الاجارة بشرط الخيار أيضا لذلك .

(١٣) أي فثبت فيه خيار الشرط .

(١٤) أي بيع الاعيان ، حيث ثبت فيه خيار الشرط .

=

قلنا : عندهم يجوز (١٥) فيما ليس بمغابنة ،وهو الضمان (١٦) ، فلم يؤثر الوصف (١٧) ، ولانا جعلنا البيع حجة لنا. (١٨)

* مسألة (٢٠٨) يجوز اجارة المنفعة بالمنفعة (١) ./ ١٦٧ش.

= بجامع ان كلا عقد مغابنة لا يعتبر فيه التقابض في المجلس ، في كل من الاصل وهو البيع ، والفرع وهو الاجارة .
ولما كان حكم الاصل صحة البيع مع شرط الخيار فيه ،كان حكم الفرع كذلك فيصح عقد الاجارة بشرط الخيار أيضا لذلك .

(١٥) أى شرط الخيار .

(١٦) حيث يدخله شرط الخيار مع كونه ليس عقد مغابنة . ويسمى خيار الضمان أو الكفالة .
أنظر : الدر المنتقى جـ٢ ص٢٣ .

(١٧) أى في الحكم ، حيث قد انعدم وصف المغابنة في الضمان وبقى الحكم فيه وهو صحة العقد فيه من غير قبض ، واذ لم يؤثر الوصف المذكور في الحكم فانه لا يصح جعله علة فيه . لعدم تأثر الحكم به في البيع والضمان اذ الحكم فيهما متحد والوصف مختلف .

(١٨) أى في عدم ثبوت شرط الخيار ،اذا اعتبرنا مدة الخيار غير داخلة في الاجارة قياسا على مالو باع عبدين على أن لا يلزمه ثمن احدهما حيث يبطل به البيع .
وفيما اذا اعتبرناها داخلة فيها لا يثبت الخيار أيضا ، كما لو أضاف البيع الى ماسيوجد حيث لا يصح لان فيه اضافة للبيع الى مابعد وقت العقد ، ومثله الاجارة بشرط الخيار حيث فيها اضافة لعقد الاجارة الى مابعد مدة الخيار .

(١) فتح العزيز جـ١٢ ص٢١٠ . مغنى المحتاج جـ٢ ص٣٥٠ . التنبيه ص٨٤ .
وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى جـ٢ ص٣٥٣ . كشاف القناع جـ٣ ص٥٤٧ =

وقال أبو حنيفة : لا يجوز بجنسها .(٢)

لنا : انهما منفعتان يجوز اجارة كل واحدة(٣) منهما ، فجاز أحداهما(٤) بالاخرى كما لو كانتا من جنسين .(٥)

قالوا : معاوضة منافع بمنافع من جنس واحد ، فلم يجز كما لو زوجه امته على أن يزوجه ذاك أمته .(٦)

= المغنى جـ٥ ص ٣٢٧ .
واليه ذهب المالكية : اسهل المدارك جـ٢ ص ٣٣٩ .
وبه يقول ابن حزم : المحلى جـ٩ ص ٢٨ .

(٢) أى لا يصح اجارة دار للسكنى بسكنى دار مثلا ، واما اجارتها بركوب أو خدمة ونحو ذلك فجائز .

التبيين جـ٥ ص ١٠٦ . فتح القدير جـ٨ ص ٨ . مجمع الأنهر جـ٢ ص ٣٦٩

(٣) فى نسخة ((ب)) : كل واحد ./ بحذف تاء التأنيث .

(٤) أى اجارة احداهما بالاخرى .

(٥) حيث يجوز اجارة بيت للسكنى باجارة أرض للزراعة فيها .
بجامع انهما منفعتان ، اما الاصل فما لو كانت المنفعتان من جنسين مختلفين ، واما الفرع فما لو كانتا من جنس واحد .
ولما كان حكم الاصل الجواز ، كان حكم الفرع كذلك فيجوز اجارة المنفعة بالمنفعة مطلقا وان اتفقتا فى الجنس أيضا لذلك .

(٦) حيث لا يجوز ذلك لما فيه من بذل منفعة بضع كل منهما للأخرى .
بجامع ان كلا معاوضة منافع بمنافع من جنس واحد ، اما الاصل فما لو زوجه امته على أن يزوجه الآخر أمته ، واما الفرع فما لو اجره منفعة بمنفعة من جنسها .
ولما كان حكم الاصل البطلان ، كان حكم الفرع كذلك فلا يجوز اجارة المنفعة بمنفعة من جنسها أيضا لذلك .

قلنا : ان لم (٧) يجعل بضع كل واحدة منهما صداقا للأخرى جاز (٨) لانه شرط الصداق لغير المرأة (٩) ، وهاهنا (١٠) شرط الاجرة لمالك (١١) المنفعة (١٢) . وان جعل بضع كل واحدة منهما صداقا للأخرى لم يجز ، لانه اشراك (١٣) في البضع بين الزوج وغيره فهو كما لو باعه سلعة على أن يكون ملكها لغيره (١٤) ، وهاهنا (١٥) لم يشرك بين المستأجر وغيره (١٦) .

قالوا : المدة في الاجارة نساء ، والنساء يحرم في الجنس الواحد .

قلنا : لا يحرم (١٧) عندنا ، ثم المدة في الاجارة ليست بنساء (١٨) ،

---

(٧) سقط حرف (لم) من نسخة ((ب)) .

(٨) في نسخة ((ب)) : فلم يجز .

(٩) وهو السيد .

(١٠) أي في اجارة المنفعة بالمنفعة .

(١١) كلمة (لمالك) مطموسة في نسخة ((ب)) .

(١٢) وهي المرأة والامة الاخرى .

أي وهذا فارق يبطل به قياسهم المذكور .

(١٣) في الاصل : لانه اشرك في البضع بين الزوج وغيره . / ومابعدها ساقط الى قوله : قالوا .

(١٤) حيث لا يجوز ذلك لانه شرط ينافي مقتضى البيع وهو انتقال الملك للمشترى .

(١٥) أي في اجارة المنفعة بالمنفعة .

(١٦) أي في العوض وهو المنفعة ، أي وهذا فارق بين الاصل والفرع يبطل به قياسهم المذكور .

(١٧) في الاصل : لا يجزه عندنا . / وهي تحريف . وانما لم يحرم النساء في المنفعة عند الشافعية لان علة تحريم الربا عندهم كونه مطعوم جنس . فاذا كان مطعوما من جنسين كبر وشعير جاز فيه التفاضل وحرم النساء . أنظر المنهاج ص ٥٤ . وليست المنفعة من الطعم في شئ فلاربا فيها أصلا لا ربا فضل ولا ربا نساء .

(١٨) لانها ليست من الأموال الربوية .

وانما هو تقدير للمعقود عليه (١٩)، ولهذا ينقضي الحق بانقضائها (٢٠)، والنساء ما يحل الحق (٢١) بانقضائه (٢٢)، ولانه لو كان نساء، لما جاز باجرة مؤجلة (٢٣)، ولوجب أن لا يجوز في الجنسين لانه بيع (٢٤) نسيئة بنسيئة (٢٥).

* مسألة (٢٠٩) : يجوز للمستأجر أن يؤجر (١) من المؤجر (٢). /١٦٧ ى.

---

(١٩) وهي المنفعة .

(٢٠) أي بانتهاء مدة الاجارة .

(٢١) أي ما يجوز البيع بانتفائه.

(٢٢) أي فلا يصح القول بأن المدة في الاجارة نساء، لانها في الاجارة ينتهي الحق بانتهائها، وفي الربا يحصل الحل بانتفائها .

(٢٣) لانه يكون بيع دين بدين ، أي والحال انهم قائلون بجواز الاجارة باجرة مؤجلة، فبطل ما قالوا .

(٢٤) في نسخة ((ب)) : لانه يقع .

(٢٥) أي بيع دين بدين . وهو لا يجوز. أي والحال انهم قائلون بجواز الاجارة بالمنفعة اذا كانت من جنسين مختلفين، فبطل ما قالوا من أن المدة في الاجارة نساء .

(١) في نسخة ((ب)) : ان يؤاجر من المؤاجر.

(٢) الوجيز جـ١ ص ٢٣٩. المهذب جـ١ ص ٤٠٣. ونص في التنبيه على أن الجواز المذكور هو أصح الوجهين في المذهب . أنظره ص ٨٥.
وأشار الى صحتها أيضا القليوبي جـ٣ ص ٢١٣.
وهو قول الحنابلة .
أنظر : شرح المنتهى جـ٢ ص ٣٦١ . كشاف القناع جـ٣ ص ٥٥٨ . المغني جـ٥ ص ٣٥٥.
وبه يقول المالكية : الشرح الكبير جـ٤ ص٩ . الجواهر جـ٢ ص١٨٦ . شرح المنح جـ٣ ص ٧٥٣.

وقال أبو حنيفة : لا يجوز .(٣)

لنا : ان كل عقد صح مع الأجنبى ، صح مع العاقد ، كالبيع .(٤)

قالوا : عقد لا يزيل الملك عن العين ، فلا يملك بـه(٥) مثله مع مالكه ، كالعارية والمضاربة والرهن ، والبيع المشروط فيه الخيار.(٦)

قلنا : الا أنه بمنزلة العقد المزيل للملك عن العين(٧) ، ولهذا يملك به العقد مع غير العاقد ، كما لو تملك فى العقد على العين بخلاف ما قاسوا عليه .(٨)

---

(٣) مجمع الأنهر جـ٢ ص ٤٠٤ . اشباه ابن نجيم ص ٢٦٩ و ص ٢٧٢ .
ولم أقف على قول ابن حزم فى هذه المسألة .

(٤) حيث يصح للمشترى ان يبيع السلعة للبائع .
بجامع صحة العقد مع الأجنبى فى كل من الاصل وهو البيع ، والفرع وهو الاجارة .
ولما كان حكم الاصل صحة البيع من البائع ، كان حكم الفرع كذلك فتصح الاجارة من المؤجر أيضا لذلك .

(٥) سقط لفظ (به) من نسخة ((ب)) . / أى فلا يملك المستأجر أن يؤجر المؤجر .

(٦) حيث لا يصح أن يعير العارية لمالكها ولا أن يضارب العامل رب المال بماله ، ولا أن يرهن المرهون عند صاحبه ، ولا أن يبيع المبيع من صاحبه بشرط الخيار .
بجامع ان كلا عقد لا يزيل الملك عن العين ، اما الاصل فالعارية والمضاربة والرهن والبيع المشروط فيه الخيار ، واما الفرع فالاجارة .
ولما كان حكم الاصل عدم امتلاك مثله مع مالكه بذلك العقد ، كان حكم الفرع كذلك فلا يملك المستأجر أن يؤجر المؤجر أيضا لذلك .

(٧) فى نسخة ((ب)) : وللعين .

(٨) حيث لا يزول به الملك عن العين فى العقود التى ذكروا ولا هى بمنزلة العقد المزيل للملك عن العين ، لانها عقود جائزة ، واما الاجارة فعقد لازم ليس للمالك التصرف فى العين مدة الاجارة ، فكان كالمزيل للملك عن العين المؤجرة .

قالوا : الاجارة تقتضى التسليم على الدوام ، فلو قلنا : انه يجوز مع العاقد ، صار هو المستحق للتسليم ، والمستحق عليه[(٩)] .

قلنا : لا يمتنع ذلك[(١٠)] ، كما اذا اجر[(١١)] من غيره[(١٢)] ، ولانه انما يمتنع ذلك[(١٣)] بعقد واحد[(١٤)] ، وها هنا[(١٥)] بعقدين ، ولانه يبطل ببيع العقار من بائعه قبل القبض ، فانه[(١٦)] يستحق التسليم ، ويستحق عليه[(١٧)] ، ثم يجوز عندهم[(١٨)] .

* مسألة (٢١٠) : يجوز اجارة المستأجر بأكثر مما استأجر[(١)] . / ١٦٨ ى .

---

(٩) أى وهذا تناقض فى الأحكام ، وهو لا يجوز لانه يؤدى الى العبث فيهما .

(١٠) أى كون العاقد هو المستحق للتسليم والمستحق عليه .

(١١) والفاعل هو المستأجر .

(١٢) أى من غير المؤجر ، حيث يكون المستأجر هو المستحق لتسليم العين المؤجرة من المؤجر ، والمستحق عليه التسليم للمستأجر الثانى .

(١٣) أى كون المستحق للتسليم هو المستحق عليه .

(١٤) لانه حينئذ يؤدى الى التناقض .

(١٥) أى فى حال تأجير العين من المؤجر .

(١٦) أى المشترى .

(١٧) أى ان يسلمه المشترى الى البائع الذى اشتراه ثانية من المشترى .

(١٨) أى عند أبى حنيفة وأبى يوسف ، خلافا لمحمد وزفر حيث منعا ذلك .
أنظر مجمع الأنهر جـ٢ ص ٧٩ .

(١) المهذب جـ١ ص٤٠٣ . واطلق فى مغنى المحتاج جـ٢ ص٣٣٦ . فى جواز اجارة ما استأجره . وكذا القليوبى جـ٣ ص ٦٩ . عند قوله : قادرا على تسليمها . أى المنفعة .
وهو قول الحنابلة ، ومحل جوازه عندهم مالم يقصد بالزيادة الحيلة ، كما فى بيع العينة . وذلك بأن اجرها باجرة حالة نقدا ، ثم اجرها بأكثر منه مؤجلا . =

وقال أبو حنيفة : لا يجوز ، فان فعل تصدق بالفضل[٢].

لنا : ان من ملك اكراء الدار لنفسه ، ملك اكراءها بالقليل والكثير ، كالملك[٣] ،

= أنظر : شرح المنتهى جـ٢ ص ٣٦١ . كشاف القناع جـ٣ ص٥٥٨ . وذكر في المغني جـ٥ ص ٣٥٥ رواية أخرى : انه ان احدث في العين المؤجرة زيادة جاز له ان يكريها بزيادة ، والا لم يجز ، فان فعل تصدق بالزيادة .

وعن أحمد رواية ثالثة انه ان اذن له المالك بالزيادة والا لم يجز .

وبقول الحنابلة يقول المالكية أيضا . الشرح الكبير جـ٤ ص ٩ . الجواهر جـ٢ ص ١٨٦ شرح المنح جـ٣ ص ٧٥٣ . وسبب المنع لا نه بالزيادة يصير سلفا جر منفعة أو بيع وسلف أو صرف مؤخر كما في بيوع الا جال ، فيمتنع ما يمتنع فيها ويصح ما يصح فيها ، لأن الا جارة تمليك منافع فحكمها كحكم البيع .

واجازه ابن حزم مطلقا : أنظر المحلى جـ٩ ص ٢٨ .

(٢) المبسوط جـ١٥ ص ١٣٠ . مجمع الأنهر جـ٢ ص ٤٠٣ . أشباه ابن نجيم ص ٢٧٢ .

وقال في الدر المنتقى جـ٢ ص ٤٠٣ : الا في مسألتين : ان يؤجرها بخلاف جنس ما استأجر ، وان يعمل بها عملا ، كبناء ، أهـ .

(٣) حيث يجوز له اكراؤه بالقليل والكثير .

بجامع جواز اكرائه الدار لنفسه ، في كل من الاصل وهو مالو كانت العين ملكا له ، والفرع وهو مالو كانت مستأجرة .

ولما كان حكم الاصل صحة اكراء ملكه بالقليل والكثير ، كان حكم الفرع كذلك فيجوز للمستأجر اكراء العين المؤجرة بالقليل والكثير أيضا لذلك .

ولأن من ملك أن يكرى برأس المال ، ملك أن يكرى بأكثر منه ، كما لو أحدث فيه عمارة (٤) ،

فان قيل : الزيادة فى الأصل (٥) تجعل فى مقابلة العمارة حتى لا يفسد العقد (٦) ، كما قلنا فيمن باع دينارا ودرهما بدينارين ودرهم (٧) .

قيل : اذا لم تساوى العمارة الزيادة ، وجب أن لا يجوز ، كما قلتم فيمن اشترى عبدا يساوى عشرة بألف ، وباعه مع عبد يساوى عشرين من بائعه بالفين (٨) . ولأنا بينا أن المنافع كالاعيان المقبوضة فى جواز العقد عليها .

---

(٤) حيث يجوز له اكراء الأرض حينئذ بأكثر مما استأجرها .
بجامع جواز الاكراء برأس المال ، فى كل من الأصل وهو مالو أحدث فى الأرض المستأجرة عمارة ، والفرع وهو مالو لم يحدث فيها شيئا .
ولما كان حكم الاصل جواز اكرائها بأكثر مما استأجرها ، كان حكم الفرع كذلك فيجوز له اكراؤها بأكثر مما استأجرها وان لم يحدث فيها عمارة أيضا لذلك .

(٥) وهو مالو أحدث فى العين المستأجرة شيئا زادت به منفعتها .

(٦) أى لئلا يكون من باب ربح مالم يضمن . وذلك لا يجوز . لانه يكون كالربح فى الطعام قبل قبضه .

(٧) حيث يجوز ذلك استحسانا ، عندهم خلافا لزفر . أنظر مجمع الأنهر جـ٢ ص ١١٩ . كتاب الصرف .

(٨) أنظر مجمع الأنهر جـ٢ ص ٦١ باب البيع الفاسد .
أى والحال انكم تجيزون اجارتها باحداث الزيادة مطلقا سواء ساوت العمارة الزيادة أم لا ؟ .

فكان الربح فيها ،كالربح في الأعيان[٩] ، ولانه لو لم يطب[١٠] الربح لما أمر بالتصدق به ، اذ لا يتصدق الانسان الا بأطيب مال[١١] .

قالوا : المنافع[١٢] لا تدخل في ضمان المستأجر ، ولهذا اذا هلكت العين رجع بالاجرة[١٣] ، فلا يطيب له الربح[١٤] ،كالمبيع قبل القبض[١٥] .

---

(٩) حيث يجوز له بيعها بأقل أو بأكثر مما اشتراها به ،فكذلك العين المستأجرة يجوز له بيع منافعها بأقل وبأكثر مما استأجرها به .

(١٠) في نسخة ((ب)) : لو لم يطلب له الربح ./ وفي الاصل : لو لم يطلب ولعل الصواب (لو لم يطب) بلا لام. أي لو لم يحل له الربح . كما أثبتناه .

(١١) أي واذ قد امروا بالتصدق بالزيادة ،فقد صححوا العقد فيه مع الزيادة ، والا لزمهم القول بجواز التصدق بالمال الحرام ،

وقد روى أبو هريرة مرفوعا : أيها الناس ان الله طيب لا يقبل الا طيبا . رواه مسلم جـ٢ ص ٧٠٣ كتاب الزكاة ،باب قبول الصدقة من الكسب الطيب وتربيتها . رقم / ٦٥ .

(١٢) في نسخة ((ب)) : لم تدخل .

(١٣) أي على المؤجر ،لفوات محل الانتفاع .

(١٤) لانه يكون من باب ربح مالم يضمن . وهو منهي عنه .

لحديث عبد الله بن عمرو مرفوعا : لا يحل سلف وبيع ولا شرطان في بيع، ولا ربح مالم يضمن ،ولا بيع ماليس عندك .

رواه الترمذي وقال : وهذا حديث حسن صحيح . أهـ جـ٣ ص ٥٣٥ كتاب البيوع . باب ما جاء في كراهية بيع ماليس عندك . رقم/ ١٢٣٤ .

(١٥) حيث لا يحل للمشتري ربحه لانه لم يدخل في ضمانه ، لكونه لم يملكه بعد .

لما في حديث الترمذي المذكور في الهامش قبل هذا .

بجامع عدم الدخول في ضمانه في كل من الأصل وهو المبيع قبل القبض والفرع وهو العين المؤجرة

=

قلنا : قد دخل فى ضمانه من وجه ، وهو عند هلاكها (١٦) مع بقاء العين (١٧) ، فوجب أن يطيب له الربح (١٨) ، كما قالوا فى العبد المرتد فى يد المشترى (١٩) . ولانه جعل (٢٠) كالداخل فى ضمانه فى جواز العقد ، فطاب الربح (٢١) ، كالعقار عندهم (٢٢) ، ويخالف المبيع (٢٣) ، فانه يمكن طلب الربح عليه بعد الدخول فى ضمانه (٢٤) ، فلم يجز قبله (٢٥) ، والمنافع (٢٦) بخلافه (٢٧) .

= ولما كان حكم الاصل عدم جواز بيع المبيع قبل قبضه ، كان حكم الفرع كذلك فلا يجوز اجارة العين المؤجرة بأكثر مما استأجرها أيضا لذلك .

(١٦) أى المنافع بمعنى اذا استوفى المستأجر المنافع المعقود عليها .

(١٧) أى فى يد المستأجر بعد مدة الاجارة بأن لم يسلمها للمؤجر .

(١٨) لان المنافع قد دخلت فى ضمان المستأجر فى هذه الصورة .

(١٩) أى شراء العبد المرتد فاسد ، فاذا باعه المشترى صح البيع لانه كان فى ضمانه قبل أن يعيده الى البائع ويسقط حق رده بالعيب الى البائع ببيعه من شخص آخر .

(٢٠) أى الزيادة المحدثة فى العين المؤجرة .

(٢١) فى نسخة ((ب)) : فطاب له .

(٢٢) حيث يجوز له بيعه قبل قبضه ، مع كونه بعدم القبض غير داخل فى ضمان المشترى ، الا أنه جعل كالداخل فى ضمانه ، لأنه لا يخشى هلاكه قبل القبض عادة .

وهذا عند أبى حنيفة وأبى يوسف ، خلافا لمحمد وزفر حيث منعا بيع العقار قبل القبض أصلا .

أنظر مجمع الأنهر جـ٢ ص ٧٩ .

(٢٣) أى قبل القبض، وهو الأصل المقيس عليه فى قياسهم .

(٢٤) وذلك فيما اذا قبضه .

(٢٥) أى قبل القبض لعدم دخوله فى ضمانه بعد .

(٢٦) فى نسخة ((ب)) : والمبيع بخلافه . / ومافى الأصل هو الصواب .

(٢٧) حيث لا يجوز طلب الربح فى الاجارة قبل دخول العين المؤجرة فى ضمان المؤجر أى فالقياس مع الفارق باطل .

* مسألة (٢١١) : يجوز اجارة المشاع[١]. / ٦٨ ى .

وقال أبو حنيفة : لا يجوز من غير الشريك ، وفي الشريك روايتان أصحهما انه يجوز.[٢]

لنا : ان كل عين جاز اجارتها مع غيرها جاز اجارتها منفردة[٣]، كالمقسوم[٤]، ولان كل عقد صح مع الشريك صح مع غيره ، كالبيع.[٥]

---

(١) أى الملك المشترك الذى لم يتميز فيه مال كل واحد من المشتركين فيه .
تقول: شاع اللبن فى الماء، اذا تفرق فيه وامتزج . ومنه قيل : سهم شائع .
أى غير متميز ولا مقسوم .
أنظر المصباح جـ١ ص٣٥٣ . المختار ص ٣٥٣ .
وأنظر المسألة فى : فتح العزيز جـ١٤ ص٢٦٢ . المهذب جـ١ ص ٣٩٥
وهو قول المالكية : بداية المجتهد جـ٢ ص ٢٤٦ . اسهل المدارك جـ٢ص٣٣٢ .
وبجواز اجارة المشاع مطلقا يقول ابن حزم أيضا : المحلى جـ٩ ص٣٤ .

(٢) خلافا للصاحبين حيث اجازا اجارة المشاع مطلقا . والفتوى على قولهما .
أنظر: الهداية جـ٨ ص ٤١ . التبيين جـ٥ ص ١٢٥ . مجمع الأنهر: جـ٢ ص ٣٨٥ .
وبعدم جواز اجارة المشاع من غير الشريك أيضا يقول الحنابلة .
أنظر: شرح المنتهى جـ٢ ص ٣٥٩ . كشاف القناع جـ٣ص٥٥٦ . وذكر فى المحرر جـ١ ص ٣٥٧ رواية أخرى انه يجوز اجارة المشاع من الشريك ومن غيره .

(٣) فى الأصل (منفردا) .

(٤) حيث يجوز اجارته قطعا .
بجامع جواز الاجارة مع عين اخرى فى كل من الاصل ، وهو المال المقسوم والفرع وهو المال المشاع .
ولما كان حكم الاصل الجواز ، كان حكم الفرع كذلك ، فيجوز اجارة المشاع أيضا لذلك .

(٥) حيث يصح بيع المشاع .
بجامع صحة العقد مع الشريك ، فى كل من الاصل وهو بيع المشاع والفرع وهو اجارة المشاع.

=

قالوا : عقد على المنفعة ، فأثرت (٦) فيه الاشاعة ، كالنكاح (٧) .

قلنا : لو كان كالنكاح لم يصح (٨) مع الشريك (٩) ، ولان الاستمتاع لا يمكن في الملك المشاع والانتفاع يمكن في الملك المشاع (١٠) .

قالوا : لا يمكن استيفاء المنفعة على الوجه الذى اقتضاه العقد ، وهو في ملك المؤجر فلم يصح (١١) ، كما لو استأجر ارضا لا تنبت للزراعة (١٢) .

= ولما كان حكم الاصل صحة بيع الملك المشاع ، كان حكم الفرع كذلك فتصح اجارة الملك المشاع أيضا لذلك .

(٦) في نسخة ((ب)) : فأوثرت .

(٧) حيث لا يصح للشريك نكاح الأمة المشاعة .
بجامع ان كلا عقد على المنفعة ، اما الاصل فالنكاح واما الفرع فالاجارة .
ولما كان حكم الأصل عدم صحة نكاح الامة المشاعة ، كان حكم الفرع كذلك فلا تصح الاجارة في المشاع أيضا لذلك .

(٨) أى عقد الاجارة .

(٩) أى والحال انهم اجازوا اجارة المشاع مع الشريك ، ولم يجيزوا نكاح المشاعة من الشريك .
أى فلم يؤثر الوصف الذى ذكروه ، لانه وجد في الاجارة في المشاع ثم لم يمنعوا الشريك منه ، ومنعوه من نكاح الامة المشتركة فاتحد الوصف واختلف الحكم .

(١٠) أى ولذلك فلا يصح قياس الاستمتاع وهو نكاح الامة المشاعة ، على الانتفاع بالملك المشاع وهو الاجارة للفارق المذكور بينهما .

(١١) في نسخة ((ب)) : فلم يجز .

(١٢) حيث لا يصح ذلك العقد .
بجامع عدم امكان استيفاء المنفعة على الوجه الذى اقتضاه العقد في كل من الاصل وهو مالو استأجر ارضا لا تنبت للزراعة ، والفرع وهو مالو اجر الملك المشاع .
ولما كان حكم الاصل بطلان العقد فيه ، كان حكم الفرع كذلك فلا يصح اجارة المشاع أيضا لذلك .

قلنا : بل يمكن ،فان العقد فى المشاع يقتضى الاستيفاء على حسب العادة فى المشاع اما بأن يسكنا أو يكريا أو يكرى عليهما ،وبه يخالف الأرض (١٣) ، فانه لا يمكن زراعتها بحال ، ثم يبطل به اذا استأجر من رجلين دارا ثم قايل (١٤) أحدهما فى نصيبه ،فانه يصح فى أصح الروايتين (١٥) ، مع وجود العلة (١٦).

× مسألة (٢١٢) : يجوز استئجار الشريك للعمل فى حمل المشترك أو طحنه (١) ./١٦٨ ى.

وقال أبو حنيفة : لا يجوز (٢).

لنا : ان كل منفعة جاز أن يستحق عوضها (٣) على الشريك فى غير المشترك جاز فى المشترك كمنفعة الدار اذا كانت لأحدهما (٤) فى ترك المال المشترك فيها (٥).

---

(١٣) أى التى لا تنبت اذا عقدت الاجارة تطيبها للزراعة.

(١٤) من الاقالة ،أى فسخ العقد فى نصيب أحدهما .

(١٥)

(١٦) وهى عدم امكان استيفاء المنفعة على الوجه الذى وقع عليه العقد .

(١) فتح العزيز جـ١٢ ص ٢٢٠.

وللحنابلة فيه روايتان ،الجواز وعدمه . المغنى جـ٥ ص ٤٣.

(٢) أى ولا يلزم الشريك بذل الاجرة له لا المثل ولا المسماة .

الهداية جـ٨ ص ٥٦. التبيين جـ٥ ص١٣٢ . مجمع الأنهر جـ٢ ص ٣٨٩.

ولم أقف على قول ابن حزم فى هذه المسألة. وكذا المالكية.

(٣) فى نسخة ((ب)) : عوضهما . / وهو تحريف .

(٤) سقط قوله (اذا كانت لاحدهما) من الأصل ،واثباتها ضرورى لتحقيق القياس .

(٥) حيث يجوز للشريك وضع المال المشترك فى دار أحدهما .

بجامع ان كلا منفعة يجوز أن يجب عوضها على الشريك فى غير المال =

قالوا : لا يمكن ايفاء المنفعة(٦) على ما اقتضاه العقد(٧) ، لان حمل نصف طعام مشاع محال(٨) .

قلنا : ليس بمحال ، لانه اذا حمل الجميع ، فقد حمل النصف المشاع ، ثم يبطل به اذا استأجر أحد الشريكين في العبد نصيب شريكه ليخيط(٩) له اليوم(١٠) ، وان كانت الخياطة في نصفه مشاعا محالا(١١) .

= المشترك ، اما الاصل فاستئجار دار أحد الشريكين لوضع المال المشترك فيها ، واما الفرع فاستئجار الشريك للعمل في حمل أو طحن المشترك . ولما كان حكم الأصل جواز استئجار الدار لوضع المال المشترك فيها . كان حكم الفرع كذلك فيجوز استئجار الشريك لحمل أو طحن المال المشترك أيضا لذلك .

(٦) وهي الاثر المترتب على مباشرة أحد الشريكين الحمل أو الطحن .

(٧) أي عقد الاجارة .

(٨) لان الشريك لا يحمل جزء شريكه الا ويقع بعض الحمل لنفسه هو فلا يستحق الاجر لانه يعامل نفسه بذلك .

(٩) في الأصل (ليحفظ له اليوم ، وان كان الحفاظة ... الخ) . وما أثبتناه من نسخة ((ب)) أقرب .

(١٠) حيث يجوز له ذلك .

(١١) أي فقد اتفقت هذه الصورة مع الصورة التي ذكرتم في العلة ، فوجب أن يتفقا في الحكم أيضا .

* مسألة (٢١٣) : يجوز الاستئجار لبيع ثوب (١) وشراء ثوب. (٢) / ١٦٨ ش.
وقال أبو حنيفة : لا يجوز. (٣)

لنا : أنه منفعة يجوز عقد الاجارة عليها اذا قدرت بزمان ، فجاز عقد الاجارة اذا كانت معلومة مقدورا على تسليمها كالخياطة والبناء (٤). ولا يلزم منفعة

---

(١) أى معين، مع احتمال أن يكون الثوب مما تقل فيه الرغبة فيحتاج لبيعه الى زمن طويل ، وقد تكثر فيه الرغبة فيباع على الفور بلا تعب لان المنفعة معلومة القدر فى نفسها .

(٢) فتح العزيز جـ١٢ ص ٢٣٠ . مغنى المحتاج جـ٢ ص ٣٣٥ . المجموع: جـ١٣ ص ٥٦٤ .
وهو قول الحنابلة فى الاستئجار على البيع ، وفى الاستئجار على شرائه وجه بالمنع .
أنظر: المغنى جـ٥ ص ٣٤٦ .

(٣) حاشية ابن عابدين جـ٥ ص ٣٩ . واعتبر ابن نجيم العادة فى ذلك ، أنظر أشباه ابن نجيم ص ٢٦٩ .
ولم أقف على قول ابن حزم فى هذه المسألة صريحا ، لكنه فى المحلى جـ٩ ص ٢٦ : والاجارة جائزة على التجارة مدة مسماة فى مال مسمى أو هكذا جملة ،كالخدمة والوكالة .أهـ فاشترط فى الاجارة على التجارة التى هى بيع وشراء ، أن تكون على أجل مسمى ، وان تكون فى مال مسمى ، ومسألتنا فيها تسمية المال ، دون المدة ،فلا تصح عنده اذن ، والله أعلم .

(٤) حيث يجوز عقد الاجارة عليها .
بجامع ان كلا عقد على منفعة يجوز تقديرها بالزمان . اما الاصل فالخياطة والبناء واما الفرع فالاستئجار على بيع ثوب وشراء ثوب .
ولما كان حكم الاصل صحة العقد فيه على العمل .
كان حكم الفرع كذلك فيصح الاستئجار على بيع ثوب وشراء ثوب أيضا لذلك .

العقار (٥)؛ لأنها لا تكون معلومة الا بالزمان (٦).

قالوا : العقد يتناول (٧) منفعة معينة (٨)، وهو لا يقدر على تسليم ذلك (٩) لانه (١٠) يفتقر الى غيره (١١)، فصار كاستئجار الفحل للضراب (١٢)، والاستئجار

---

(٥) حيث لا يجوز العقد على منفعته بدون تقدير المدة ، مع كون الانتفاع به معلوما مقدورا على تسليمه بالتخلية بينه وبين المستأجر .

(٦) أى والكلام فى هذه المسألة انما هو على المنافع التى يمكن تقديرها بالعمل كما يمكن تقديرها بالزمن .

(٧) فى الأصل : العقد تناول منفعته بعينه . /وما أثبتناه من نسخة ((ب)) أوضح .

(٨) وهو بيع الثوب أو شراؤه .

(٩) أى وشرط صحة الاجارة القدرة على تسليم المعقود عليه ، وهو منفعة بيع الثوب هنا .

(١٠) سقط حرفا النون والهاء من قوله (لانه) فى نسخة ((ب)) . / والضمير عائد الى تحصيل منفعة بيع الثوب .

(١١) وهو وجود المشترى ، وليس الأجير قادرا على ايجاد الرغبة فى نفس المشترى وكذا فى شرائه الثوب ، فان الاجير غير قادر على ايجاد الرضا بالبيع لدى البائع .

(١٢) حيث لا يجوز ذلك لحديث : نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ضراب الجمل ، رواه مسلم جـ٣ ص ١١٩٧ كتاب المساقاة . رقم / ١٥٦٦ .
ولحديث ابن عمر : نهى النبى صلى الله عليه وسلم عن عسب الفحل . رواه البخارى جـ٢ ص ٣٧ كتاب الاجارة ، باب عسب الفحل . وهذا يفيد العموم فى الجمل وغيره .
وضراب الفحل هو نزوه على الانثى ، والمراد بالنهى ما يؤخذ عليه من الاجرة ، لا عن نفس الضراب ، وتقدير الكلام : نهى عن ثمن الضراب ، ومثله النهى عن عسب الفحل ، والعسب بفتح العين وسكون السين المهملتين ماء الفحل ومنيه ، أى نهى عن ثمنه .

=

على حمل خشـــية ثقيلة بنفسه ، وصيد طائر بعينه .(١٣)

قلنا : لا نسلم بل يقدر من طريق العادة(١٤) ، ويجد من يساعده علـــى البيع والشراء(١٥) ، فصار كما لو استؤجر على نقل حجر البزارين(١٦) ، فانه يصح لانه

= تقول : ضرب الجمل الناقة يضربها اذا نزا عليها ، واضرب فلان ناقتـــه : اذا انزى الفحل عليها .
أنظر النهاية جـ٣ ص ١٧٩ .

(١٣) حيث لا يصح الاستئجار على شئ من هذه الأمور الثلاثة .
بجامع الافتقار الى الغير لتسليم المعقود عليه في كل من الاصل وهـــو استئجار الفحل ، للضراب والاستئجار على حمل خشية ثقيلة بنفســـة وصيد طائر بعينه ، والفرع وهو الاستئجار على بيع ثوب وشراء ثوب .
ولما كان حكم الاصل بطلان العقد فيه ، كان حكم الفرع كذلك فلا يصـــح الاستئجار على بيع ثوب وشراء ثوب أيضا لذلك .

(١٤) أى في مثل ذلك الثوب ، لان الرغبات في مثله معلومة في العادة .

(١٥) بأن يرشده الى من يرغب في مثل هذا الثوب أو الى المكان المناســـب لبيعه فيه أو شرائه .

(١٦) وهو حجر محفور في وسطه ، يدق فيه الابزار ، ويسمى الهاون بفتـــح الواو ، والاصل فيه : هاوون ، على فاعول ، لانه يجمع على هواوين لكنهـــم كرهوا اجتماع الواوين ، فحذفوا الثانية ، فبقى هاون قيل هو عربـــى ، قاله ابن فارس ، وقيل معرب .
أنظر المصباح جـ٢ ص ٣١٧ . وعادة ما يكون ثقيلا يعجز الرجل العـــادى عن حمله .
والجامع في القياس المذكور هو القدرة على تسليم المعقود عليه على جهـــة العادة ، في كل من الأصل وهو الاستئجار على نقل حجر البزارين ، والفرع وهو الاستئجار على بيع ثوب أو شرائه . =

يجد من يساعده على نقله ، بخلاف الطائر والخشبة الثقيلة ، فانه لا يقدر عليه بنفسه ،[١٧] وأما استئجار[١٨] الفحل ، فانه يجوز في قول أبي على بن أبي هريرة[١٩] ، وان سلم فلأن[٢٠] القصد من ذاك[٢١] عين المنى[٢٢] ، وذلك لا قيمة له[٢٣] .

= ولما كان حكم الاصل صحة الاستئجار فيه ، كان حكم الفرع كذلك فيصح الاستئجار لبيع ثوب وشراء ثوب أيضا لذلك .

(١٧) بل يحتاج الى آلة تمكنه من القدرة على التسليم فيه .

(١٨) في الأصل (واما الاستئجار الفحل) وفي نسخة ((ب)) : واستئجار الفحل فانه ./
ففي الأصل زيادة الألف واللام ، وفي نسخة ((ب)) نقص حرف (ما) .
والصواب ما أثبتناه .

(١٩) قياسا على تلقيح النخل ،
أنظر قوله في فتح العزيز جـ٨ ص ١٩٢ في البيوع المنهي عنها .
وأنظر ترجمة ابن أبي هريرة في المسألة رقم (١١٦) هامش (٥٣) .

(٢٠) أي على القول بمنع استئجار الفحل للضراب .

(٢١) في نسخة ((ب)) : من ذلك ./ أي الاستئجار على الضراب .

(٢٢) في الاصل (غير المنى) وهو تحريف .
والصواب ما أثبتناه من نسخة ((ب)) .

(٢٣) أي والاجارة تعتمد المنفعة المتقومة ، فاذا انعدمت ، كما هو الحال في المنى ، لانه ماء مهين ، بطلت الاجارة فيه .
أي فثبت أن بين الاصل والفرع فارقا . يبطل به قياسهم المذكور.

* مسألة (٢١٤) : يجوز استئجار الكتب.(١) / ١٦٨ش.

وقال أبو حنيفة : لا يجوز.(٢)

لنا : هو أنه منفعة تصح اعارتها فجازت اجارتها ،كمنفعة السكنى.(٣)

قالوا : استئجار للنظر والقراءة ،فأشبه استئجار الدراهم والحائط الذى عليه كتابة.(٤)

---

(١) ومحله اذا كانت مباحة لا فحش فيها .
أنظر القليوبي جـ٢ ص ٦٩ .
وهو قول الحنابلة ، ومحل جوازه مالم يكن الكتاب مصحفا ،فيحرم وان جاز بيعه .
أنظر: شرح المنتهي جـ٢ص ٣٥٧ . كشاف القناع جـ٣ ص٥٥٣ . المغني : جـ٥ص ٤٠٩ .
وأجاز المالكية استئجار الكتب حتى المصحف ، خلافا لابن حبيب المالكي ، حيث أجاز بيعه دون اجارته ،والفرق أن الثمن في البيع مقابل الورق والجلد ، وأما الاجرة فتكون كالثمن للقران وهو حرام .
أنظر : حاشية الدسوقي على الشرح الكبير جـ٤ ص٢٠ . الجواهر جـ٢ص١٨٩ شرح المنح جـ٣ ص٧٧٧ .
وأجاز ابن حزم الاجارة على تعليم القران والعلم والاستئجار على نسخ المصاحف ونسخ كتب العلم ،فأولى أن يجيز اجارة الكتب ، والله أعلم .
أنظر المحلى جـ٩ ص٢٢ .

(٢) التبيين جـ٥ ص١٢٥ . مجمع الأنهر جـ٢ ص٣٨٥ . المبسوط جـ١٦ ص ٣٦ .

(٣) حيث يجوز للمستأجر أن يؤجرها .
بجامع ان كلا منفعة تصح اعارتها في كل من الأصل وهو السكنى ،والفرع وهو الكتب .
ولما كان حكم الاصل جواز الاجارة فيه ، كان حكم الفرع كذلك فيصح اجارة الكتب أيضا لذلك .

(٤) حيث لا يجوز ذلك .
بجامع عدم تقوم المنفعة في كل من الاصل وهو استئجار الدراهم والحائط =

قلنا : يحتمل أن يجوز استئجار الدراهم لقراءة مافيها[٥] والحائط الذى فى الدار[٦] ، وان كان خارج الدار ، فلأن ذلك مباح له من غير عقد[٧] ، وهذا[٨] محرم عليه من غير عقد فجاز العقد عليه[٩] .

* مسألة (٢١٥) : يجوز الاستئجار على التعليم[١] ./ ١٦٨ ش .

= الذى عليه كتابة ، والفرع وهو استئجار الكتب .
ولما كان حكم الاصل عدم الجواز ، كان حكم الفرع كذلك فلا يجوز استئجار الكتب أيضا لذلك .

(٥) أى وذلك منفعة متقومة يصح بها عقد الاجارة .

(٦) أى لا يجوز عقد الاجارة عليه .

(٧) فلا يصح عقد الاجارة عليه . لأن له حق الانتفاع به من غير عقد ، كالصيد والحشيش فى الأرض الموات .

(٨) أى الانتفاع بكتب الغير .

(٩) لكونه منفعة معتبرة متقومة ، يتوصل اليها بالعقد .
أى وهذا فارق بين الاصل والفرع ، يبطل به قياسهم المذكور .

(١) الوجيز جـ١ ص٢٣٢ . فتح العزيز جـ١٢ ص٢٩٠ . المنهاج ص ٧٧ ،
ومحل جوازه مالم يكن التعليم متعينا عليه فى الشرع وهو ما يجب على العامة معرفته من أمور الدين وجوبا عينيا .
فان كان التدريس منصبا على مسائل معينة أو أشخاص معينين فيجوز أخذ الاجر عليه ، لأن مثل هذا من فروض الكفاية .
وأنظر ذلك أيضا في مغني المحتاج جـ٢ ص ٣٤٤ .
وبجواز الاستئجار على تعليم القرآن يقول المالكية أيضا مالم يكن على تعليم فقه وحديث ونحوهما من العلوم الشرعية فيجوز مع الكراهة .
أنظر : الشرح الكبير جـ٤ ص٦ وص١٨ . الجواهر جـ٢ ص١٨٨ . شرح المنح : جـ٣ ص٧٦٤ و ص٧٧٢ وبجوازه مطلقا يقول ابن حزم . المحلى جـ٩ ص٢٢ .

وقال أبو حنيفة : لا يجـــوز (٢) .

لنا (٣) : أنه منفعة يجوز التطوع بها (٤) ، فجاز عقد الاجارة عليها ، كسائر المنافــع (٥) .

فان احتجوا : بقوله صلى الله عليه وسلم (اقرؤا القرآن ولا تغلوا فيــه ولا تأكلوا به) (٦) .

---

(٢) واجاز المتأخرون من الحنفية الاستئجار على تعليم القرآن خاصة ، بـل وعلى التعليم عامة وعليه الفتوى . أنظر : الهداية جـ٨ ص ٣٩ . التبيين جـ٥ ص ١٢٤ . مجمع الأنهر جـ٢ ص ٣٨٤ .

وبالمنع يقول الحنابلة : شرح المنتهى جـ٣ص ٣٦٧ . وذكر في المحــرر جـ١ ص ٣٥٧ .

رواية أخرى أن ذلك جائز ، وكذا في المغني جـ٥ ص ٤١١ .

وعن أحمد أنه اذا لم يشارط ولم يطلب جاز له الأخذ . كما فـــى المحرر جـ١ ص ٣٥٧ والمغني جـ٥ ص ٤١٢ .

(٣) زاد في نسخة ((ب)) : هو أنه .

(٤) زاد في نسخة ((ب)) : التطوع بها على الغير .

(٥) حيث يجوز عقد الاجارة عليها .

بجامع أن كلا منفعة يجوز التطوع بها ، اما الاصل فسائر المنافــع واما الفرع فالتعليم .

ولما كان حكم الاصل جواز الاستئجار عليها ، كان حكم الفرع كذلــك فيجوز الاستئجار على التعليم أيضا لذلك .

(٦) روى من ثلاثة طرق :

الأول : عن عبد الرحمن بن شبل مرفوعا : اقرأوا القرآن ولا تأكلوا به ولا تجفوا عنه ولا تغلوا فيه ، ولا تستكثروا به .

وقد رواه عبد الرزاق وابن أبي شيبة في مصنفيهما والطبراني فى المعجــم ، كما في النصب جـ٤ ص ١٣٦ .

الثاني : من طريق عبد الرحمن بن شبل ، أخرجه البزار فى مسنده . وفيــه =

قلنا : نحمله على نهى الكراهة ، ثم يعارضه قوله صلى الله عليه وسلم (٧)
(ان أحق ما أخذ تم عليه اجرا كتاب الله) (٨) .

= أبو راشد الحبراني وهو مجهول . كما في المحلى جـ٩ ص٢٦ .
الثالث : عن أبي هريرة مرفوعا ، من طريق الضحاك بن نبراس ، قال فيه ابن معين : ليس بشئ ،
وقال النسائي : متروك الحديث. أنظر النصب جـ٤ ص١٣٦ . والدراية جـ٢ ص١٨٨ رقم / ٨٦٦ .
وقد نص ابن حجر على أن هذا الحديث وما في معناه منسوخ بحديث: ان أحق ما أخذ تم عليه اجرا كتاب الله عز وجل . كما في الدراية جـ٢ ص١٨٩
أخرجه البخارى جـ٢ ص٣٦ تعليقا عن ابن عباس بصيغة الجزم : وقال ابن عباس عن النبي صلى الله عليه وسلم: أحق ما أخذ تم عليه اجرا كتاب الله . أهـ

(٧) سقط قوله (صلى الله عليه وسلم) من نسخة ((ب)) .

(٨) رواه البخارى عن ابن عباس تعليقا كما فى الهامش الأسبق جـ٢ ص١٣٦ . كتاب الاجارة ، باب ما يعطى فى الرقية على احياء العرب بفاتحة الكتاب .
ورواه موصولا في كتاب الطب جـ٤ ص١٦ ، وفيه قصة ، وهى ما قال ابن عباس: ان نفرا من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم مروا بماء فيهم لديغ أو سليم ، فعرض لهم رجل من أهل الماء ، فقال : هل فيكم من راق ؟ ان في الماء رجلا لديغا أو سليما ، فانطلق رجل منهم ، فقرأ بفاتحة الكتاب. على شاء ، فبرأ ، فجاء بالشاء الى أصحابه ، فكرهوا ذلك ، وقالوا: قد أخذت على كتاب الله أجرا ، حتى قدموا المدينة ، فقالوا : يا رسول الله ، أخذ على كتاب الله اجرا ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : ان أحق ما أخذ تم عليه اجرا كتاب الله . أهـ باب الشرط في الرقية بقطيع من المغنم .

قالوا : روى ان ابيا [٩] أخذ قوسا على القرآن ، فقال له النبي صلى الله عليه وسلم (اتحب أن يقوسك الله بقوس من نار) [١٠] .

---

(٩) هو أبي ، بضم الهمزة وتشديد الياء ، بن كعب بن قيس بن عبيد بن النجار الانصاري البخاري أبو المنذر وأبو الطفيل ، سيد القراء ، كان من أصحاب العقبة الثانية ، شهد بدرا والمشاهد كلها ، قال له النبي صلى الله عليه وسلم : ليهنك العلم أبا المنذر ، وكان عمر يسميه : سيد المسلمين ، ويروى ذلك عن النبي صلى الله عليه وسلم أيضا ، وقد عده مسروق من الستة أصحاب الفتيا من الصحابة ، وكان عمر يتحاكم اليه في المعضلات ، توفي في خلافة عثمان على الأصح سنة ثلاثين . أنظر الاصابة جـ١ ص ١٩ رقم / ٣٢ .

(١٠) رواه ابن ماجه في التجارات ، باب الاجر على تعليم القرآن ، جـ٢ ص ٧٣٠ رقم / ٢١٥٨ بسنده عن أبي بن كعب ، قال : علمت رجلا القرآن ، فأهدى الي قوسا ، فذكرت ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم ، فقال : ان أخذتها أخذت قوسا من نار . فرددتها .

قال في الزوائد عليه : اسناده مضطرب ، قاله الذهبي في الميزان في ترجمة عبد الرحمن بن سلم ، - جـ٢ ص ٥٦٧ رقم ٤٨٧٨ - وقال العلاء في المراسيل : عطية بن قيس الكلاعي عن أبي بن كعب ، مرسل . أهـ . نفس الصفحة .

وذكر الزيلعي في النصب جـ٤ ص ١٣٧ عن ابن القطان قوله : حديث أبي هذا ، روى من طرق ، وليس فيها شئ يلتفت اليه ، ذكرها بقي بن مخلد وغيره ، انتهى ، - قال - وقال في التنقيح : عبد الرحمن بن سلم ليس بالمشهور ، روى له ابن ماجة هذا الحديث الواحد ، وذكره شيخنا المزى في الاطراف ، وبينه وبين ثور ، خالد بن معدان ، وهو وهم منه - أى من عبد الرحمن - انتهى كلامه . أهـ .

وقال ابن حزم : اما الأحاديث في ذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فلا يصح منها شئ ، أهـ

أى في المنع من أخذ الاجر على تعليم القرآن ، أنظر المحلى جـ٩ ص ٢٥ .

قلنا : لعله أخذ في (١١) موضع تعين عليه ، (١٢) أو أخذ قوسا فيه علج . (١٣)

قالوا : عمل لا يقدر على ايفائه (١٤) فهو كما لو استأجره على حمل خشبة ثقيلـــة . (١٥)

قلنا : يقدر عليه من طريق العادة . (١٦)

---

(١١) في نسخة ((ب)) : لعله أخذه في موضع كان تعين عليه .

(١٢) أي تعليم القرآن فيه . حيث لا يجوز له أخذ الاجر عليه حينئذ .

(١٣) العاج : هو انياب الفيل ، قال الليث : ولا يسمى غير الناب عاجـــا ، كذا في المصباح جـ٢ ص ٨٧ .
وانما حرم أخذ القوس اذا كان فيه عاج لأنه مقتطع من الفيل فلا يحل سواء كان ميتا أو حيا لحديث : ماقطع من البهيمة وهي حية فهي ميتة . أهـ رواه الترمذي وقال : حسن غريب : جـ٤ ص ٧٤ كتاب الأطعمة رقم / ١٤٨٠

(١٤) لاعتماد التعليم على معنى في المتعلم وهو الحذق وسرعة الفهـــم وذاك معنى ليس في قدرة المعلم ايجاده فيه .

(١٥) حيث لا يجوز له ذلك لاعتماد القدرة على التسليم فيه على الغير .
بجامع ان كلا عقد على عمل لا يقدر على ايفائه ، اما الأصل فما لو استأجره على حمل خشبة ثقيلة ، واما الفرع فهو مالو استأجره على التعليم .
ولما كان حكم الأصل بطلان العقد فيه ، كان حكم الفرع كذلك ، فلا يصح الاستئجار على التعليم أيضا لذلك .

(١٦) حيث قد جرت العادة على امكان التعليـم ، فالاستئجار عليـــه عقد على ماجرت به العادة .
وذلك جائز .

قالوا : تعليم القرآن قربة ، فأشبه الصوم والصلاة.(١٧)

قلنا : ذلك(١٨) لا تعود منفعته الى المعقود له ،(١٩) فهو كالاستئجار على خياطة قميص الأجير،(٢٠) وهذا(٢١) تعود منفعته اليه(٢٢) ، فهو كالاستئجار على خياطة قميصه.(٢٣)

---

(١٧) حيث لا يجوز الاستئجار عليها .
بجامع ان كلا قربة ، اما الاصل فالصوم والصلاة ، واما الفرع فتعليم القرآن .
ولما كان حكم الأصل تحريم الاستئجار عليه ، كان حكم الفرع كذلك فلا يصح الاستئجار على التعليم أيضا لذلك .

(١٨) في نسخة ((ب)) : ذاك . / أي الصوم والصلاة .

(١٩) سقط قوله (له) من نسخة ((ب)) . / أي لمن تؤدى عنه ، لانها متعينة عليه فلا تصح النيابة فيها ، وكل مالم تصح النيابة فيه لا تصح الاجارة عليه .

(٢٠) حيث لا يصح ذلك لأن فائدة العقد لا تعود على المستأجر .
بجامع عدم تحصيل المنفعة للمعقود له في كل من الأصل وهو الاستئجار على خياطة قميص الأجير ، والفرع وهو الاستئجار على الصوم والصلاة .
ولما كان حكم الاصل بطلان العقد فيه . كان حكم الفرع كذلك فلا يصح الاستئجار على الصوم والصلاة أيضا لذلك .

(٢١) أي الاستئجار على التعليم .

(٢٢) في نسخة ((ب)) : الى المعقود له . / أي المستأجر .

(٢٣) أي قميص المستأجر ، حيث يصح ذلك .
بجامع عود المنفعة الى المعقود له في كل من الأصل وهو الاستئجار على خياطة القميص ، والفرع وهو الاستئجار على التعليم .
ولما كان حكم الاصل صحة العقد عليه ، كان حكم الفرع كذلك فيصح الاستئجار لتعليم القرآن أيضا لذلك .
والمقصود ، ان بين الأصل والفرع في قياسهم فارقا ، يبطل به قياسهم المذكور .

*/ مسألة (٢١٦) : يجوز استئجار دار ليتخذها مسجداً أو[1] يصلي فيها.[2] / ١٦٨ ش.

وقال أبو حنيفة : لا يجوز.[3]

---

(١) لعل الصواب حذف الهمزة ،لتكون العبارة بواو العطف لا للتنويع، لأن الشربيني ذكر هذه المسألة في مغني المحتاج جـ٢ ص ٣٤٤ ثم نبه على عدم جواز استئجار الدار ليجعلها مسجدا فقال : ويصح استئجار بيت ليتخذه مسجدا يصلي فيه ،صورته كما قال صاحب الانتصار : أن يستأجره للصلاة ، اما اذا استأجره ليجعله مسجدا فلا يصح بلا خلاف.أهـ

(٢) أنظر : مغنى المحتاج جـ٢ ص ٣٤٤ . وفي فتح العزيز جـ١٢ ص ٣٥٦ ، اشارة الى ذلك .

وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى جـ٢ ص ٣٥٧ . كشاف القناع : جـ٣ ص ٥٥٣ . المغني جـ٥ ص ٤٠٥ .

وبه يقول المالكية : الشرح الكبير جـ٤ ص ١١ . الجواهر : جـ٢ ص ١٨٦ . شرح المنح جـ٣ ص ٧٥٦ .

(٣) المنصوص عليه عندهم هو ما اذا استأجرها ذمي ، فان اراد أن يتخذ فيها مصلى لنفسه ، لم يمنع ،والا بان أراد أن يتخذها مصلى للعامة منع .

أنظر : المبسوط : جـ١٥ ص ١٣٤ .

ولم أقف على قول ابن حزم في هذه المسألة .

لنا : انه منفعة يجوز اعارة الدار لها ، فجاز اجارة (٤) الدار لهـــا ، كالسكني . (٥)

قالوا : عمل (٦) لا يستحق بعقد الاجارة، (٧) فلا يجوز استئجار الـدار لــه (٨) . كالزنا . (٩)

---

(٤) في نسخة ((ب)) : اجارتها لها .

(٥) حيث يجوز اجارة الدار للسكني .
بجامع ان كلا منفعة يجوز اعارة الدار لها ، اما الاصل فالسكني ، وامـا الفرع فاستئجار البيت للصلاة فيه .
ولما كان حكم الاصل صحة اجارة الدار للسكني ، كان حكم الفرع كذلــك فيجوز اجارة الدار لتكون مسجداً أو للصلاة فيها أيضا لذلك .

(٦) في نسخة ((ب)) : فعل ./ وصف لموصوف محذوف تقديـــــره : الصلاة عمل . . . الخ .

(٧) أى لا يستحقه المؤجر على الأجير بسبب العقد عليه . بل للأجـــير أن لا يفعله .

(٨) فى نسخة ((ب)) : لها ./ أى للصلاة . وعلى مافى الأصل : لــه . أى لعمل الصلاة .

(٩) حيث لا يجوز اجارة الدار له .
بجامع ان كلا عمل لا يستحق بعقد الاجارة ، اما الأصل فالزنا ، وأمـا الفرع فالصلاة .
ولما كان حكم الاصل عدم جواز اجارة الدار للزنا ، كان حكم الفـــرع كذلك فلا يجوز اجارة الدار للصلاة : فيه أيضا لذلك .

قلنا : لبس الثوب لا يستحق على الأجير[(١٠)] بعقد الاجارة ، ثم يجوز استئجار الثوب للبس .[(١١)]

* مسألة (٢١٧) : يجوز استئجار الدراهم والدنانير في أحد الوجهين .[(١)] / ١٦٨ ش،

وقال أبو حنيفة : اذا استأجر ليزن به جاز، وان استأجر مطلقا فهو قرض.[(٢)]

---

(١٠) كذا في الاصل ونسخة ((ب)) ; ولعله تحريف، والصواب: على المؤجر.

(١١) والمقصود: ان الوصف الذي جعلوه علة جامعة في قياسهم ، لا يصح ، لانه وجد في لبس الثوب ثم تخلف الحكم عنه ، فيجوز استئجار الثوب للبس مع كونه لا يستحق على الأجير بالعقد ، والزنا لا يجوز ، مع كونه عمل لا يستحق بعقد الاجارة .

(١) ومحل الجواز: ما اذا صرح بالقصد من استئجارها اما للتزيين أو للوزن بها أو للضرب على سكتها . أنظر مغني المحتاج جـ٢ ص٣٣٥ .
وأصح الوجهين المنع ، كما نص على ذلك في الوجيز جـ١ ص ٢٣٠ ،
وفتح العزيز جـ١٢ ص٢٢٤ ، والمنهاج ص٧٦ . المجموع جـ١٣ ص ٤٨٠ .
وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى جـ٢ ص ٣٥٨ . كشاف القناع جـ٣ص٥٥٢ .
المغني جـ٥ ص ٤٠٤ .
الا أنه ذكر عن القاضي أنها لا تصح وتكون قرضا عند الاطلاق .

(٢) المبسوط جـ١٦ ص٣١ . اشباه ابن نجيم ص ٢٦٩ .

وذهب المالكية الى كراهة استئجار الحلى ذهبا كان أو فضة . بمثله ، أو بغيره كعرض ، وطعام ونحو ذلك .
أنظر: الشرح الكبير جـ٤ ص١٧ وحاشية الدسوقي عليه ، الجواهر جـ٢ص١٨٨ ، وذكر في شرح المنح جـ٣ ص٧٧١ عن ابن القاسم القول بجوازه بلا كراهة ، كما ذكر عن الامام مالك انه استثقله مرة ، وخففه مرة ، وانما استثقله لأن الناس يرون ان زكاته ان يعار . كما قال ابن يونس.
ولم أقف على قول ابن حزم في هذه المسألة .

لنا : ان فيه منفعة تستحق بعقد الاجارة ، فاذا اطلق الاجارة حمل عليها ، كالدار .(٣)

قالوا : لا ينتفع به(٤) في الغالب الا في الاستهلاك(٥) ، فحمل على ذلك .(٦)

قلنا : الا أنه صريح بالاجارة ، فسقط حكم الغالب ، كما لو صرح بغير نقد البلد .(٧)

* مسألة (٢١٨) : يجوز استئجار الحائط لوضع الجذوع .(١) / ١٦٩ ى .

---

(٣) حيث يحمل اطلاق الاجارة فيه على السكنى لكونها أهم منافع الدار .
بجامع ان كلا منفعة تستحق بعقد الاجارة ، اما الاصل فالسكنى في اجارة الدار ، واما الفرع فاستئجار الدنانير والدراهم .
ولما كان حكم الاصل حمل اطلاق اجارة الدار على منفعة السكني ، كان حكم الفرع كذلك فيحمل اطلاق اجارة الدراهم والدنانير على الانتفاع بها أيضا لذلك .

(٤) أي بالدرهم أو الدينار .

(٥) أي بيعا وشراء ، وذلك يقتضي فقدان عينها ، والاجارة تقتضي الانتفاع بالعين المؤجرة مع بقائها .

(٦) أي على الاستهلاك ، وذلك يتحقق في القرض ، اذ ينتفع فيه بالعين المقترضة بزوال عينها ، ويتعلق الحق بمثله في الذمة .

(٧) حيث يحمل على ماصرح ، وان خالف نقد البلد .

(١) لم أجدها منصوصا عليها ، ولعلها تكون من باب استئجار الاشجار للاستظلال أو ربط البهيمة وتجفيف الثياب . حيث يجوز ذلك في أصح الوجهين .
أنظر : فتح العزيز جـ١٢ ص ٢٢٧ والتي تليها ، مغني المحتاج جـ٢ ص ٣٣٦ .
وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى جـ٢ ص ٣٥٧ . كشاف القناع جـ٣ ص ٥٥٣ .
المغني جـ٥ ص ٤٠٥ ، ومحله اذا كان الخشب معلوما والمدة معلومة . =

وقال أبو حنيفة : لا يجوز.(٢)

لنا : هو انه منفعة يجوز بذلها من غير عوض، فجاز بعوض ، كاستئجار البهيمة للحمل.(٣)

قالوا : بقعة لا تصح للسكنى ، فأشبه اذا استأجر كوة(٤)

= ويشبه أن يكون هذا قول المالكية أيضا ، لانهم اجازوا استئجار الشجر لتجفيف الثياب عليه في أحسن القولين عندهم ، ووضع الخشب على الحائط مثله ، والله أعلم .
أنظر: الشرح الكبير جـ٤ ص ٢٠ . الجواهر جـ٢ ص ١٨٩ . ثم رأيته منصوصا عليه في شرح المنح جـ٣ ص ٧٧٨ .
ويشبه أن يكون هذا قول ابن حزم أيضا ، لانه داخل في القاعدة التي ذكرها في الاجارة وهي : الاجارة جائزة في كل شئ له منفعة فيؤاجر لينتفع به ، ولا يستهلك عينه . أهـ المحلى جـ٩ ص ٣ .

(٢) المبسوط جـ١٦ ص ٤٣ .

(٣) حيث يجوز أخذ العوض عليه .
بجامع ان كلا منفعة يجوز بذلها من غير عوض ، اما الاصل فالحمل على الدابة ، واما الفرع فوضع الجذوع على الحائط .
ولما كان حكم الأصل صحة الاستئجار فيه ، كان حكم الفرع كذلك فيجوز استئجار الحائط لوضع الجذوع عليه أيضا لذلك .

(٤) الكوة . بفتح الكاف وضمها فواو مشددة ، هي الثقبة في الحائط .
وبالفتح تجمع على : كوات ، مثل حبة وحبات . ويصح جمعها على كواء أيضا بكسر الكاف مثل : ظبية وظباء .
وبالضم تجمع على : كوى ، بالضم والقصر ، مثل : مدية ومدى .
والفرق بين الكوة والمشكاة ، ان الأولى نافذة ، ولا كذلك الثانية ، ويجتمعان في ان كلا منهما حفرة في الحائط .
أنظر المصباح جـ٢ ص ٢٠٧ . مادة كوى .

ليدخل[٥] منها الضوء.[٦]

قلنا : الا أنه يصلح لمنفعة مقصودة ،كالسكنى،[٧] والأصل[٨] يحتمل أن لا نسلم.[٩]

مسألة (٢١٩) : يجوز الاستئجار على القصاص.[١] /١٦٩ى.

---

(٥) فى الاصل : يدخل منه. / بالتذكير ،والصواب فيها التأنيث كما فى نسخة ((ب)).

(٦) حيث لا يصح استئجارها لاجل ذلك.
بجامع ان كلا بقعة لا تصلح للسكنى ، اما الاصل فالكوة ، واما الفرع فالحائط.
ولما كان حكم الاصل عدم صحة استئجارها ، كان حكم الفرع كذلك فلا يصح استئجار الحائط لوضع الجذع عليه أيضا لذلك .

(٧) حيث يصح استئجار الدار لها .
بجامع العقد على منفعة مقصودة فى كل من الاصل وهو السكنى والفرع وهو وضع الجذوع على الحائط.
ولما كان حكم الاصل صحة استئجار الدار للسكنى ،كان حكم الفرع كذلك فيصح استئجار الحائط لوضع الجذوع عليه أيضا لذلك .

(٨) أى استئجار كوة فى الحائط ليدخل عليه الوضوء منها .

(٩) لان المنفعة فيه ظاهرة مقصودة يمكن استيفاؤها مع بقاء العين.

(١) فتح العزيز جـ١٢ ص ٣٢٧ . مغنى المحتاج جـ٢ ص ٣٣٧ . نهاية المحتاج جـ٥ ص ٢٧٠.
وهو قول الحنابلة : المحرر جـ١ ص ٣٥٦ . المغنى جـ٥ ص ٣٤٤.
وبه يقول المالكية : الشرح الكبير جـ٤ ص ١٢ . الجواهر جـ٢ ص ١٨٧ . شرح المنح جـ٣ ص ٧٥٦.

وقال أبو حنيفة : لا يجوز في النفس.(٢)

لنا :(٣) أنه أحد نوعي القصاص ،(٤) فأشبه الطرف ،(٥) ولأنه حق يجوز التوكيل فيه ، فجاز الاستئجار عليه ، كذبح الشاة.(٦)

---

(٢) المبسوط جـ١٦ ص ٤٠ . اشباه ابن نجيم ص ٢٦٩ .

ولم أقف على قول ابن حزم في ذلك صريحا الا أن يدخل عنده في الاستئجار على القضاء لمعرفة من له الحق ممن عليه ، والقصاص انفاذ للحق على من عليه ، أنظر جواز الاستئجار على القضاء في المحلى : جـ٩ ص ٢٦ .

(٣) في نسخة ((ب)) : لنا هو أنه ./ والضمير عائد على القصاص في النفس .

(٤) والنوع الثاني: هو القصاص فيما دون النفس كالطرف والجرح .

(٥) أي في جواز الاستئجار لاستيفاء القصاص فيه .

بجامع ان كلا أحد نوعي القصاص، اما الاصل فالقصاص في الطرف ، واما الفرع فالقصاص في النفس .

ولما كان حكم الأصل صحة الاستئجار عليه ، كان حكم الفرع كذلك فيجوز الاستئجار على القصاص في النفس أيضا لذلك .

(٦) حيث يجوز الاستئجار على ذبحها .

بجامع صحة التوكيل فيه ، في كل من الأصل وهو ذبح الشاة ، والفرع وهو القصاص في النفس.

ولما كان حكم الاصل صحة الاستئجار عليه ، كان حكم الفرع كذلك فيصح الاستئجار على القصاص في النفس أيضا لذلك .

قالوا : افساته الروح لا يقدر عليه ، فأشبه ضراب الفحل .(٧)

قلنا : الا أنه يوصف بالقدرة عليه ، لما أجرى الله تعالى فيه من العادة بازهاق الروح عند فعله ، ولهذا يضاف اليه ،(٨) ثم انفصال الاطراف أيضا لا يقدر عليه ، وانما هو من فعل الله تعالى ، ثم يجوز أن يستأجر عليه .(٩)

قالوا : القتل بالسيف مع التجافي(١٠) قد يقع على وجه محظور ،

---

(٧) حيث لا يجوز الا جارة عليه.
بجامع عدم القدرة على تحصيله ، في كل من الأصل وهو الاحبال في ضراب الفحل فقد لا يحصل الحبل الا بتكرار انزاء الفحل وقد لا يحصل أصلا ، والفرع وهو القتل في القصاص .
ولما كان حكم الأصل عدم صحة الاستئجار عليه ، كان حكم الفرع كذلك فلا يجوز الاستئجار على القصاص أيضا لذلك .

(٨) أى يضاف القتل الى القاتل ، لانه هو السبب في افاتة روح المقتول ، وان كان القتل حقيقة انما حصل بفعل الله تعالى ، لقوله تعالى : (فلم تقتلوهم ولكن الله قتلهم) الأنفال آية /١٧ . أى ولكن الله هو الذى جعل فيكم القدرة على قتلهم ، فكان الفعل له تعالى ، وأنتم سبب مباشر فيه .

(٩) أى عندكم أيضا ، فكان هذا منكم تفريقا بين متماثلين . فلزمكم القول بجوازه في النفس ، كما اجزتموه في الطرف .

(١٠) من المجافاة وهى الابعاد ، جفا يجفو جفاء ، وجفوته أجفوه جفاء ، ومنه : تجافي جنبه عن الفراش ، اذا نبا عنه وابتعد . أنظر المختار : ص ١٠٦ ومنه قوله تعالى : (تتجافى جنوبهم عن المضاجع) سورة السجدة ، آية /١٦ .
والمراد هنا أن المقتص حين يرفع السيف ويبعده عن المقتص منه ليضربه به ، قد يقع السيف في الرأس أو الكتف ، وذلك محظور لما فيه من تعذيب المقتص منه .
وفي نسخة ((ب)) : مع التحامي ./ بالحاء المهملة والميم بعد الألف، =

ولا يستأجر على محظور.(١١)

قلنا : لا يستأجر الا من يحسن ،فلا يقع الا مباحا ، ثم لو كان هذا(١٢) صحيحا لوجب أن يسقط القصاص ، كما يسقط فيما لا يمكن من الجوائف(١٣) وغيرها.(١٤)

= والمراد : مع محاولة المقتص منه حماية نفسه من السيف فيضطرب ، فتقع ضربة السيف على الرأس أو الكتف ، وهو محظور ، ومافى الأصل أولى ، للرد الآتي عليه .

(١١) فى نسخة ((ب)) : ولا يجوز أن يستأجر على محظور . / لأن المنفعة ركن فى الاجارة ، والاباحة شرط فى المنفعة ،فاذا كان الفعل محظورا بطلت الاجارة عليه لذلك .

(١٢) أى مراعاة الخوف من وقوع السيف على المحظور فى المقتص منه .
أى وأنتم لا تقولون باسقاطه ،بل يجوز أن يستوفيه الجلاد الذى نصبه الامام لاستيفاء القصاص مع وجود ذلك الاحتمال فيه .
وان لم تسقطوه فقد تناقضتم لاختلاف الحكم عندكم فى صورتين متشابهتين .

(١٣) الجوائف : جمع جائفة ، وهى جرح ينفذ الى جوف ،كبطن وصدر وثغر نحر وجبين وخاصرة ، ويجب بها ثلث الدية . أنظر المنهاج ص١٢٦ .

(١٤) وهى ماعدا الموضحة من الجراحات ، وهى التى توضح العظم ، ذلك أن الشجاج والجراح فى الوجه عشر:

١- حارصة : وهى ماشق الجلد قليلا .
٢- دامية : وهى التى تدميه .
٣- باضعة : وهى التى تقطع اللحم .
٤- متلاحمة : وهى التى تغوص فى اللحم .
٥- سمحاق : وهى التى تبلغ الجلدة بين اللحم والعظم .
٦- موضحة : وهى التى توضح العظم وتظهره .
٧- هاشمة : وهى التى تهشمه .

=

قالوا : قطع الرأس لا يدرى بكم ضربة يحصل ، فكان ذلك مجهولا ، فلم يجز الاستئجار عليه.(١٥)

قلنا : يبطل بشق الحطب(١٦) وخياطة الثوب ، فانه لا يدرى بكم دقة وكم غرزة يحصل ، ثم يجوز الاستئجار عليه.(١٧)

مسألة (٢٢٠) : الاجرة فى القصاص على من عليه القصاص.(١) / ١٦٩ ى.

وقالوا : أبو حنيفة : على من له.(٢)

=٨- منقلة : وهى التى تنقل العظم من مكانه وتنثره .

٩- مأمومة : وهى التى تبلغ خريطة الدماغ .

١٠- دامغة : وهى التى تخرق خريطة الدماغ .

ويجب القصاص فى الموضحة من هذه الجراحات فقط ، قيل وفيما قبلها أيضا سوى الحارصة. أنظر المنهاج ص١٢٣.

(١٥) لان شرط المنفعة فى الاجارة أن تكون معلومة. كما فى التبيين : جـ٥ص١٠٥.

(١٦) أى تكسيره ، حيث يجوز الاستئجار عليه مع وجود تلك العلة فيه .

(١٧) أى فكانت هذه الجهالة غير معتبرة فى القصاص وشق الحطب والخياطة ونحوها . فيصح الاستئجار عليها لذلك .

(١) ومحله: اذا لم ينصب الامام جلادا يقيم الحدود ويرزقه من مال المصالح. أنظر مغني المحتاج جـ٢ ص٣٣٧. ونهاية المحتاج جـ٥ ص٢٧٠. وهو قول الحنابلة : المغني جـ٥ ص٣٤٥.

(٢) معين الحكام ص١٨٧ فصل كيف يقام الحد . وأنظر المبسوط جـ١٦ ص٤٠. فقد ذكر عن الامام وأبي يوسف انهما لا يجيزان الاجارة عليه خلافا لمحمد. وبه يقول المالكية : الجواهر جـ٢ ص١٨٧. شرح المنح جـ٣ ص٧٥٧. ولم أقف على قول ابن حزم فى هذه المسألة .

لنا : هو انه ايفاء حق ، فكانت الاجرة على من عليه[(٣)] ، كاجرة الكيال في البيع[(٤)] .

قالوا : تعين حقه ، فكانت الاجرة في الأخذ ، عليه[(٥)] كما لو اشترى ثمرة نخلة[(٦)] .

قلنا : المغصوب منه والمعير تعين حقهما ، ثم اجرة التسليم[(٧)] على

---

(٣) في نسخة ((ب)) : فكانت الاجرة فيه على من هو عليه .

(٤) حيث تكون اجرة كيل المبيع على البائع .
بجامع ان كلا ايفاء حق ، اما الاصل فأجرة الكيال في البيع ، واما الفرع فاجرة المقتص في القصاص .
ولما كان حكم الاصل هو وجوب اجرة كيل المبيع على البائع ، كان حكم الفرع كذلك ، فتجب اجرة المقتص على الجاني أيضا لذلك .

(٥) أي على من له القصاص .

(٦) في نسخة ((ب)) : ثمرة نخل أو شجر .
حيث يكون اجرة جني ثمارها على المشتري .
بجامع تعين الحق له ، في كل من الأصل وهو مالو اشترى ثمرة نخلة ، والفرع وهو مالو وجب له القصاص .
ولما كان حكم الاصل وجوب اجرة جني ثمار النخلة على المشتري ، كان حكم الفرع كذلك فتجب اجرة القصاص على المقتص له أيضا لذلك .

(٧) في نسخة ((ب)) : اجرة التعيين . / وهو تحريف . والمراد بالتسليم ردها الى المغصوب منه والمعير .

الغاصب والمستعير (٨) ، ولأن البائع قد سلم المبيع ، وهاهنا (٩) ما سلم ، فان القصاص هو القطع ، (١٠) ولهذا لو قطع (١١) يده في سرقة كان (١٢) من ضمانه ، (١٣) فوجب عليه مؤونة الايفاء ، (١٤) كالبيع في يد البائع . (١٥)

قالوا : منفعته (١٦) للمقتص ، فكانت الاجرة عليه ، كقطع الختان . (١٧)

---

(٨) أي فبطل أن يكون الوصف الذي ذكروه علة للحكم ، لوجوده في المغصوب منه والمعير ، وتخلف الحكم عنه . فكان ذلك الوصف علة قاصرة ، لعدم دوران الحكم معه كما هنا .

(٩) أي في القصاص من الجاني .

(١٠) لانه مأخوذ من القص وهو القطع ، تقول . قصصته قصا ، من باب قتل ، اذا قطعته . أنظر المصباح جـ٢ ص ١٦٤ .

(١١) فاعل القطع هو المسروق منه .

(١٢) أي مؤونة القطع .

(١٣) أي ضمان السارق .

(١٤) أي فوجب على المقتص منه مؤونة القصاص في النفس لذلك .

(١٥) حيث يجب عليه مؤونة كيل المبيع أو وزنه .
بجامع كون الحق في ضمانه في كل من الاصل وهو المبيع في يد البائع والفرع وهو قطع يد السارق ،
ولما كان حكم الاصل وجوب مؤونة الكيل للتسليم على البائع ، كان حكم الفرع كذلك فيجوز مؤونة قطع اليد على السارق أيضا .

(١٦) في نسخة ((ب)) : منفعة . / خبر لمبتدأ محذوف تقديره : القصاص .

(١٧) حيث تجب الاجرة فيه على المختون ، ويدفعها عنه الولي ان لم يكن له مال .
بجامع كون المنفعة له ، في كل الاصل وهو القطع في الختان ، والفرع وهو القصاص .
ولما كان حكم الاصل وجوب الاجرة على المختون ، كان حكم الفرع كذلك ، فتجب الاجرة في القصاص على المقتص له أيضا لذلك .

قلنا : الختان حجة لنا ، لأن الاجرة فيه على من يجب عليه، (١٨) فليكن هاهنا (١٩) مثله (٢٠) .

قالوا : مال ، فلا يجتمع (٢١) مع القصاص ، كالدية. (٢٢)

قلنا : الدية بدل عنه، (٢٣) وهذا (٢٤) للتسليم. (٢٥)

---

(١٨) وهو المختون .

(١٩) أي القصاص .

(٢٠) أي في ايجاب الاجرة فيه على المقتص منه لانه منفعة له اذ فيه تطهير له من ذنبه في الاخرة. لما رواه مسلم عن عبادة بن الصامت مرفوعا : تبايعوني على أن لا تشركوا بالله شيئا ولا تزنوا ولا تسرقوا ولا تقتلوا النفس التي حرم الله الا بالحق ، فمن وفى منكم فاجره على الله ومن أصاب من ذلك شيئا فعوقب به فهو كفارة له ومن أصاب من ذلك شيئا فستره الله عليه فامره الى الله ان شاء عفا عنه وان شاء عذبه .أهـ جـ٣ ص١٣٣٣ كتاب الحدود ، باب الحدود كفارات لأهلها رقم/ ٤١ .

(٢١) أي على الجاني .

(٢٢) حيث لا تجتمع مع القصاص، لانها بدل عنه ، ولا يجتمع البدل والمبدل في آن واحد .
بجامع ان كلا مال ، اما الاصل فالدية ، واما الفرع فالاجرة على القصاص .
ولما كان حكم الاصل عدم اجتماع الدية مع القصاص ، كان حكم الفرع كذلك فلا تجتمع الاجرة مع القصاص على المقتص منه أيضا لذلك .

(٢٣) أي عن القصاص.
وفي الاصل : الديةبدل عما القصاص بدل عنه . / وماأثبتناه من نسخة ((ب)) أوضح .
والمعنى على مافي الاصل : ان الدية بدل عن نفس المقتول وليس بدلا عن القصاص الواجب على القاتل ، فلا يصح القول بأن القصاص والاجرة لا يجتمعان على الجاني كما لا يجتمع عليه الدية والقصاص.
والمعنى على نسخة ((ب)) : سلمنا أن الدية بدل عن القصاص، ولكن الاجرة بدل عن تسليم نفسه لأخذ الحق منها فلا يصح قياس احدهما على الآخر للفارق المذكور بينهما .

(٢٤) أي المال المأخوذ من المقتص منه .

(٢٥) أي لمن أوصل الحق الى أهله ، بتنفيذ القصاص على من وجب عليه .

قالوا : لو وجب عليه (٢٦) أجرة القطع ،لمكن منه. (٢٧)

قلنا : لا يمكن ،لأنه متهم بأن يجبن فيجنى على نفسه ، كما لا يمكن (٢٨) البائع اذا اتهمه (٢٩) فى الكيل (٣٠) ، وان كان ذلك (٣١) عليه (٣٢).

* مسألة (٢٢١) : لا يجوز الاستئجار على نقل الخمر. (١) / ١٦٩ ى .

---

(٢٦) سقطت كلمة (اجرة) من الأصل .

(٢٧) أى لمكن ولى القتيل من القصاص بنفسه ،لأنه يكون هو المستأجر ، والأصل هو أن المستأجر يستوفي المنفعة بنفسه .

(٢٨) فاعل التمكين هو المشترى .

(٢٩) في نسخة ((ب)) : اذا اتهم ./ وهنا يصح أن تكون جملة (لا يمكن) مبنية للمجهول اذن .

(٣٠) أى فى التطفيف فيه ،ليضيع عليه بعض حقه .

(٣١) أى اجرة الكيل .

(٣٢) أى على البائع . حيث يجب عليه اجرة الكيل اذا كيل عليه المبيع فى التهمة .

(١)ومحله:اذا حملها لا للاراقة ، والا فيجوز ، ومحله أيضا : مالم تكن محترمة ،والا بان كان نقلها للتخليل فيجوز ،اذ هو كنقل الميتة الى المزبلة .

أنظر : مغنى المحتاج جـ٢ ص ٣٣٧ . فتح العزيز جـ١٢ ص ٣٢٧ . نهاية المحتاج جـ٥ ص ٢٧٢ .

وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى جـ٢ ص ٣٥٩ . كشاف القناع جـ٣ ص ٥٥١ . المغني جـ٥ ص ٤٠٧ .

وبه يقول المالكية ،فقد قال فى الشرح الكبير جـ٤ ص ١٢ : وجاز استئجار على طرح ميتة ونحوها من النجاسات - كالخمر - وان استلزم ذلك مباشرة النجاسة للضرورة . أهـ. وكذا فى الجواهر جـ٢ ص ١٨٦ ،وشرح المنح جـ٣ ص ٧٥٦ .

=

وقال أبو حنيفة : يجوز.(٢)

لنـــا : هو ان نقلها محـــرم ، لقوله صلى الله عليه وسلم :

(لعـن الله الخمـر وعاصـرها ومعتصـرها وحاملها والمحمول له)(٣)

= ويشبه أن يكون هذا قول ابن حزم أيضا ، فقد قال في المحلى جـ٩ ص ١٩ : ولا يجوز الاجارة على النوح ولا على الكهانة ، لانهما معصيتان منهي عنهما ، لا يحل فعلهما ولا العون عليهما ، فالاجارة على ذلك أو العطاء عليه معصية وتعاون على الاثم والعدوان . أهـ ويقال مثل هذا في الاستئجار لحمل الخمر أيضا .

(٢) خلافا للصاحبين .
أنظر : المبسوط جـ١٦ ص ٣٨ وقد أخطأ هنا السرخسي في نقل مذهب الشافعي حيث جعله موافقا لأبي حنيفة في هذه المسألة .

(٣) الحديث رواه أبو داود جـ٣ ص ٣٢٦ كتاب الأشربة ، باب العنب يعصر للخمر ، وساق بسنده عن أبي علقمة مولاهم وعبد الرحمن بن عبد الله الغافقي أنهما سمعا ابن عمر يقول : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : لعن الله الخمر وشاربها وساقيها ، وبائعها ، ومبتاعها ، وعاصرها ، ومعتصرها ، وحاملها ، والمحمولة اليه . أهـ. رقم / ٣٦٧٤ .
قال المنذري : وعبد الرحمن الغافقي هذا ، سئل عنه ابن معين . فقال : لا أعرفه .
وذكره ابن يونس في تاريخه ، وقال : انه روى عن ابن عمر ، روى عنه عبد العزيز بن عمر بن عبد العزيز وعبد الله بن عياض ، وانه كان أميرا للأندلس ، فقتلته الروم بالأندلس ، سنة خمس عشرة ومائة . أهـ مختصر سنن أبي داود جـ٥ ص ٢٦٠ . رقم / ٣٥٢٧ .
قلت : والمعركة التي قتل فيها عبد الرحمن تسمى معركة (تور) في موضع يعرف ببلاط الشهداء ، وتعرف هذه المعركة أيضا بغزوة البلاط ، في جنوب فرنسا ، قال الدكتور حسن ابراهيم حسن : وتعتبر معركة تور من المواقع الحاسمة في التاريخ ، اذ لو تم النصر للعرب ، لوقعت أوربا =

فأشبه سائر المعاصي.(٤)

قالوا : نقل خمر ، فأشبه النقل للاراقة.(٥)

= في أيديهم وانتشر الاسلام فيها ، ولم يحاول العرب الاستيلاء على بلاد الفرنجة بعد هذه الموقعة. أهـ. تاريخ الاسلام جـ١ ص ٣٢١.

ورواه أحمد وابن أبي شيبة واسحاق بن راهويه والبزار في مسانيدهم. أنظر النصب جـ٤ ص ٢٦٤.

وبنحوه رواه ابن ماجة أيضا جـ٢ ص ١١٢١ كتاب الأشربة ، باب لعنت الخمر على عشرة أوجه ، من طريق عبد الرحمن بن عبد الله الغافقي وأبي طعمة مولاهم أنهما سمعا ابن عمر يقول : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : لعنت الخمر على عشرة أوجه : بعينها وعاصرها ومعتصرها وبائعها ومبتاعها وحاملها ، والمحمولة اليه وآكل ثمنها وشاربها وساقيها. أ هـ رقم / ٣٣٨٠.

لكن قال المنذرى : وأبوطعمة هذا هو مولى عمر بن عبد العزيز ، سمع من عبد الله بن عمر ، رماه مكحول الهذلي بالكذب. أهـ مختصر سنن أبي داود جـ٥ ص ٢٦٠. رقم / ٣٥٢٧ الا أن الكوثري نص على أن الصواب عن أبي طعمة وليس عن علقمة كما في سنن أبي داود وايد ذلك بما في سند ابن ماجه هنا. أنظر هامش النصب جـ٤ ص ٢٦٣ وعلى كل حال فان كان أبوطعمة ضعيفا ، فالحديث مروى من طريق الغافقي أيضا وهو ثقة ، فهو صحيح من طريقه. والله أعلم.

(٤) حيث لا يجوز الاستئجار عليها أيضا لحرمتها.

(٥) حيث يجوز الاستئجار عليه.

بجامع النقل في كل من الاصل وهو نقل الخمر للاراقة والفرع وهو نقلها للشرب ، ولما كان حكم الاصل جواز الاستئجار عليه ، كان حكم الفرع كذلك فيجوز الاستئجار لنقلها للشرب أيضا لذلك.

قلنا : هناك[6] مباح وهنا[7] معصيـــة .[8]

* مســألة (٢٢٢) : اذا اجر بيتا ممن يتخذه[1] بيت نار[2] أو يبيـــع[3] الخمر ، لم تصح[4] الاجارة ./ ١٦٩ ى .

---

(٦) في نسخة ((ب)) : ذاك ./ أي النقل للاقة .

(٧) في نسخة ((ب)) : وهذا ./ أي النقل للشرب .

(٨) المراد ابطال قياسهم المذكور باثبات الفارق بين الاصل والفرع فيه .

(١) في الاصل (ممن تتخذ) بدون هاء الضمير ، وفي نسخة ((ب)) : بضمير المؤنث ، والأقرب التذكير ، لأن البيت مذكر .

(٢) أي للعبادة ، كما لو كان مجوسيا .

(٣) في نسخة ((ب)) : أو ليبيع .

(٤)

وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى : جـ٢ ص ٣٥٨ . كشاف القنـــاع : جـ٣ ص ٥٥١ . المغني جـ٥ ص ٤٠٨ .

وبه يقول المالكية : الشرح الكبير جـ٤ ص ٢١ . الجواهر جـ٢ ص ١٨٩ شرح المنح جـ٣ ص ٧٧٩ .

ويشـــبه أن يكون هذا قول ابن حزم أيضا لما نقلنا عنه في المســـألة قبل هذه من المحلى جـ٩ ص ١٩ .

وقال أبو حنيفة : تصح (٥) .

قال الرازي (٦) : المسألة اذا لم يشترط (٧) ذلك ، وانما يعلم من حاله انه يفعل ذلك (٨) .

وقال غيره : المسألة اذا استأجر للسكنى وللعبادة (٩) .

فالدليل على فساد ظاهر الرواية (١٠) : انه فعل معصية ، فلا تصح

---

(٥) خلافا للصاحبين .
أنظر : المبسوط جـ ١٦ ص ٣٨ . لسان الحكام ص ٣٦٨ .

(٦) ويقال له : الجصاص أيضا ، وهو الامام أبو بكر أحمد بن على بن حسين ، من أئمة الحنفية حافظ محدث فقيه ، سمع أبا حاتم وعثمان الدارمي ، وسمع منه : أبو على وأبو أحمد الحاكم النيسابوري . وأخذ الفقه على أبي سهل وعلى أبي الحسن الكرخي وبه انتفع وعليه تخرج ، وتفقه عليه جماعة منهم : أبو عبد الله محمد بن يحي الجرجاني شيخ القدوري وأبو الحسن محمد بن أحمد الزعفراني وغيرهما .
استقر له التدريس ببغداد وانتهت اليه الرحلة ، وقد كان على طريق الكرخي في الورع والزهد ، وبه انتفع ، له تصانيف جليلة ، منها : أحكام القرآن وشرح مختصر الكرخي وشرح مختصر الطحاوي وشرح جامع محمد بن الحسن ، وله كتاب في أصول الفقه وأدب القضاء ، الى غير ذلك ، توفي سنة سبعين وثلاثمائة ، وكان مولده سنة خمس وثلاثمائة . أنظر الفوائد البهية ص ٢٧ والتي تليها .

(٧) أي المستأجر .

(٨) أي فيصح العقد ، ويمنع من اتخاذ البيت لبيع الخمر أو ليجعله بيت نار .

(٩) أي ثم حولها الى بيت نار أو بيع خمر ، فلا يبطل العقد بذلك ، ولكنه يمنع من فعل ذلك في البيت المعقود عليه .

(١٠) أي قول الامام أبي حنيفة . والكتب التي اعتنت بجمع أقوال الامام سميت بكتب : ظاهر الرواية ، وهي ستة كتب : الجامع الكبير والصغير والسير =

الاجارة له ،كسائر المعاصي[(١١)] .

قالوا : بالعقد[(١٢)] لا يستحق فعل المعصية ،[(١٣)] فصار ذكرها كلا ذكر.[(١٤)]

قلنا : يبطل به اذا استأجر دارا للصلاة ،فانه لا يستحق عليه أن يصلي فيها ،ثم يبطل عندهم.[(١٥)]

= الكبير والصغير ثم الزيادات وسادسها المبسوط ، وكلها لمحمد ابن الحسن صاحب أبي حنيفة . ويجمع هذه الكتب الستة كتاب الكافي للحاكم الشهيد . والمبسوط شرح له . وانما سميت بظاهر الرواية لانها رويت عن محمد بن الحسن برواية الثقات فهي متواترة أو مشهورة عنه .
أنظر ابن عابدين جـ١ ص ٦٤ .

(١١) حيث لا يصح الاجارة عليها .
بجامع ان كلا فعل معصية ، اما الاصل فسائر المعاصي ، واما الفرع فبيع الخمر واتخاذ بيت النار.
ولما كان حكم الاصل بطلان العقد في الاجارة على المعاصي ، كان حكم الفرع كذلك فلا يصح استئجار بيت ليتخذه بيت نار أو ليبيع الخمر فيه ،أيضا لذلك .

(١٢) زاد في نسخة ((ب)) : بالعقد عليها . / أي على المعصية.

(١٣) زاد في نسخة ((ب)) : فعل المعصية فيها .

(١٤) أي فلا يؤثر على صحة عقد الاجارة ، ويمنع من فعل ذلك فيه .

(١٥) أي يبطل استئجار الدار للصلاة ، عندهم ،أنظر المبسوط جـ١٦ ص ٣٨ .

* مسـألة (٢٢٣) : يجوز للزوج استئجار امرأته ، لا رضاع ولـده منها [1] ، في أحد الوجهين. [2] / ١٦٩ ش

وقال أبو حنيفة : لا يجوز. [3]

---

(١) سقط قوله (منها) من نسخة ((ب)).

(٢) وهو أصحهما . أي سواء كانت تحت زوجها أو مطلقة بائنا أو رجعيا .
أنظر: فتح العزيز جـ١٢ ص ٢٧٧. الوجيز جـ١ ص ٢٣٢. مغني المحتاج جـ٢ ص ٤٣٨.
وبه يقول الحنابلة : شرح المنتهى جـ٢ ص ٣٥٣ . كشاف القناع جـ٣ ص ٥٥٤.
وذكر في المغني جـ٥ ص ٣٦٩ رواية أخرى انه لا يجوز ، الا أنه صحح الرواية الأولى وقال فيها : هذا الصحيح من مذهب أحمد . أهـ

(٣) المبسوط جـ١٥ ص ١٢٧. الهداية جـ٤ ص ٢١٨. في باب النفقة من كتاب الطلاق . التبيين جـ٣ ص ٦٢. ومحل المنع هو ما اذا كانت الأم تحت زوجها أو في طلاق رجعي ، والا بان كانت مطلقة طلاقا بائنا ففيه روايتان بالجواز وعدمه ، فاذا لم تكن تحت زوجها بأن بانت منه ، فله أن يستأجرها لا رضاع ولده منها اذن .
وذهب المالكية أيضا الى أنها اذا لم تعد زوجا فيجوز للزوج استئجارها للا رضاع .
أنظـر : أحكام القرآن لابن العربي جـ٤ ص ١٨٤١. القوانين : ص ٣٤٦. الشرح الكبير جـ٢ ص ٥١٦ في النفقات .
وبجواز استئجارها للارضاع بعد الطلاق يقول ابن حزم أيضـا :
أنظر المحلى جـ١١ ص ٣٥٣.

لنا : انه عمل يجوز استئجارها عليه بعد البينونة (٤) ، فجاز قبلها ، كالنسج ورعى الغنم. (٥)

قالوا : مقصود بعقد النكاح (٦) ، فأشبه التمكين من الوطئ (٧) .

قلنا : لو كان مقصودا لما جاز لها أن تمتنع ، كالتمكين من الوطئ (٨) .

---

(٤) أى الفراق الذى لا تعود بعده الى الزوج الا بعقد جديد ، من قولك : بان الشئ ، اذا انفصل ، فهو بائن ، تقول : بانت المرأة بالطلاق فهى بائن بدون تاء التأنيث ، وأبانها زوجها ، فهى مبانة . أنظر المصباح ج١ ص ٧٨ .
وفى تصحيح التنبية ص ١١٢ : وفى لغة قليلة يجوز بائنة وحائضة وحاملة . أهـ أى بتاء التأنيث .

(٥) حيث يجوز له استئجار زوجته عليه .
بجامع جوار الاستئجار عليه بعد البينونة ، فى كل من الأصل وهو النسج ورعى الغنم ، والفرع وهو ارضاع ولده منها .
ولما كان حكم الاصل صحة استئجارها للنسج ورعى الغنم قبل البينونة ، كان حكم الفرع كذلك فيجوز له استئجارها لارضاع ولده منها قبل البينونة أيضا لذلك .

(٦) فى الاصل (بكل نكاح) وهو خطأ .

(٧) حيث لا يجوز لها أخذ الاجر عليه .
بجامع ان كلا مقصود بعقد النكاح ، اما الاصل فالوطء ، واما الفرع فالارضاع .
ولما كان حكم الاصل عدم جواز أخذها الاجر عليه ، كان حكم الفرع كذلك فلا يجوز لها أخذ الاجر أيضا على ارضاع ولده منها قبل البينونة لذلك .

(٨) حيث ليس لها الامتناع منه ، وهذه الجملة وهى قوله (: قلنا : لو كان مقصودا لما جاز لها أن تمتنع ، كالتمكين من الوطئ) ساقطة من نسخة ((ب)) .

ولأن ذاك(٩) مستحق بعقد النكاح وهذا(١٠) غير مستحق(١١) فهو كالرعى.(١٢)

قالوا : لا عادة فى الاستئجار عليه ، فأشبه الشهادة.(١٣)

قلنا : لا عادة فى استئجارها(١٤) على رعى الغنم ، ثم يجوز.(١٥)

---

(٩) أى التمكين من الوطئ .

(١٠) أى الارضاع .

(١١) فى نسخة ((ب)) : لم يستحق ./ أى لم يجب على الزوجة بعقد النكاح فلها الامتناع منه للأجر.

(١٢) حيث يجوز لها أخذ الاجر عليه من زوجها .
بجامع عدم الاستحقاق بعقد النكاح فى كل من الاصل وهو الرعى والفرع وهو الارضاع.
ولما كان حكم الاصل صحة أخذ الاجر عليه ، كان حكم الفرع كذلك فيجوز لها أخذ الاجر على الارضاع أيضا لذلك .

(١٣) حيث لا يجوز أخذ الاجر عليها .
بجامع اعتبار العادة فيه ، فى كل من الاصل وهو الشهادة ، والفرع وهو ارضاع الأم ولدها من زوجها .
ولما كان حكم الاصل عدم صحة أخذ الاجر عليها ، كان حكم الفرع كذلك فلا يجوز لها أخذ الاجر على ارضاع ولدها من زوجها أيضا لذلك .

(١٤) فى نسخة ((ب)) فى الاستئجار ./ والضمير فى الاصل عائد الى الزوجة .

(١٥) أى أن تأخذ على رعى غنم زوجها أجرا .
أى فبطل اعتبار ما جعلوه علة فى المنع من أخذ الاجر على ارضاع الام ولدها من زوجها ، لتخلف الحكم المذكور فى رعى الغنم حيث يجوز لها أخذ الاجر عليه ، مع عدم جريان العادة به . فاتحد الوصف فى هاتين الصورتين واختلف الحكم ، فدل على عدم تأثير الوصف فى الحكم فيبطل .

* مسألة (٢٢٤) : لا يجوز استئجار الظئر(١) بطعمتها وكسوتها(٢) . / ١٦٩ ش.
وقال أبو حنيفة : يجوز استحسانا .(٣)
لنا : هو انه بدل يستحق بالشرط، فلا يجوز أن يكون طعمة وكسوة مجهولة(٤)، كالثمن ، والمهر والاجرة في سائر الاجارات.(٥)

---

(١) بكسر فسكون ، هي المرأة العاطفة على ولد غيرها ، المرضعة له ، في الناس وغيرهم ، يطلق ذلك عليها سواء كان الرضيع ذكرا أو انثى .
والجمع اظؤر واظآر وظؤور وظؤورة وظؤار وظؤ ءة . بضم فهمزة مفتوحة .
أنظر القاموس جـ٢ ص ٨٠ .
(٢) فتح العزيز جـ١٢ ص ٢٠٠ . وفي المنهاج ص ٧٦ : ويشترط كون الاجرة معلومة ، فلا تصح بالعمارة والعلف . أهـ وهذه المسألة من هذا الباب والله أعلم ، ومثله في الوجيز جـ١ ص ٢٣٠ .
واليه ذهب ابن حزم : المحلى جـ٩ ص ٣٩ .
(٣) خلافا للصاحبين .
أنظر : الهداية جـ٨ ص ٤٦ . التبيين جـ٥ ص ١٢٧ . مجمع الأنهر جـ٢ ص ٣٨٦ .
وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى جـ٢ ص ٣٥٣ . كشاف القناع جـ٣ ص ٥٤٣
وذكر في المغني جـ٥ ص ٣٦٤ رواية أخرى بالمنع منه .
وبه يقول المالكية : حاشية الدسوقي جـ٤ ص ١٢ . شرح المنح جـ٣ ص ٧٥٨ . القوانين ص ٣٠١ .
(٤) سقط قوله (مجهولة) من نسخة ((ب)) .
(٥) حيث لا يصح ان يكون طعام البائع وكسوته ثمنا للمبيع في البيع ، ولا يصح ان تكون مهرا للمرأة في النكاح ، ولا يصح أن تكون اجرة في غير الاستئجار على الرضاع أيضا .
بجامع ان كلا بدل يستحق بالشرط في كل من الاصل وهو الثمن والمهر ، وسائر الاجارات ، والفرع وهو استئجار الظئر بطعامها وكسوتها . =

فان قيل : فى الاصل المعوض (٦) معلوم ، وهاهنا (٧) اللبن مجهول (٨) .

قلنا : بل هو معلوم بتقدير المدة ،كالخدمة (٩) ، معلومة بذكر المدة (١٠) .

فان قيل : لا حاجة فى الاصل الى الطعمة (١١) ، وهاهنا (١٢) حاجة، لان صلاح اللبن بصلاح الطعمة .

قيل : فيجب أن لا يجوز الكسوة المجهولة (١٣) ، ولوجب

= ولما كان حكم الاصل عدم صحة كون الثمن والمهر طعمة وكسوة ،كان حكم الفرع كذلك ،فلا يصح أن تكون اجرة الظئر طعامها وكسوتها أيضا لذلك .

(٦) وهو المبيع فى البيع ، والاستمتاع فى المرأة .

(٧) أى فى الرضاع .

(٨) أى وبثبوت هذا الفارق بينهما فلا يصح القياس المذكور .

(٩) أى فيما لو استأجر شخصا للخدمة .

(١٠) بأن يقول استأجرته للخدمة شهرا أو سنة ،بكذا . ومعروف كم يمكن أن يبذل الاجير من جهد فى هذا العمل خلال تلك المدة ، وكذلك مقدار اللبن يصبح معلوما اذا ذكرت المدة أيضا .

(١١) لعدم احتياج الثمن والمهر اليها . أى ولذلك لم تصح ثمنا أو مهرا .

(١٢) أى فى الاستئجار على الارضاع .

(١٣) لعدم ارتباط صلاح اللبن بها ،أى والحال انكم سويتم بين الطعام والكسوة فى صحة الاستئجار به . فلزم منه بطلان العلة التى ذكرتم لبقاء الحكم فى الكسوة مع تخلفها عنه .

أن لا يجوز على (١٤) طعمة بنتها ، لأنه لا حاجة الى ذلك، (١٥) ، ولانه لو جعل الاجرة ثوبا مجهولا لم يجز ، ولم يجهل غير (١٦) الصفة فلأن لا يجوز (١٧) هاهنا (١٨) وقد جهل (١٩) الجنس والقدر (٢٠) والصفة أولى (٢١) .

---

(١٤) سقط قوله (على طعمة بنتها) من نسخة ((ب)) .

(١٥) أى لعدم تعلق صلاح اللبن ببنت الظئر . بناء على العلة التى ذكرتم ، لكنكم قلتم بجوازه على طعمة بنت الظئر ، فلزم منه بطلان العلة المذكورة لعدم دورانها مع الحكم وجودا وعدما .

(١٦) فى نسخة ((ب)) : عين الصفة . / وما فى الاصل هو الصواب لما ذكر من المقابلة بالأشياء الثلاثة بعدها .

(١٧) فى نسخة ((ب)) فلان يجوز هذا . / باسقاط حرف (لا) والصواب اثباته .

(١٨) أى فى اجرة الظئر، وهى الطعام والكسوة هنا فى هذه المسألة .

(١٩) فى الاصل (وقد جعل) وهو تحريف .

(٢٠) فى الاصل (والقدرة) والصواب حذف التاء المربوطة كما فى نسخة ((ب)) .

(٢١) أى بعدم الجواز.

وجه الأولوية : انه اذا لم يجز وقد كان المجهول فى الاجرة شئ واحد ، فأولى أن لا يجوز فى جعل اجرة الظئر طعامها وكسوتها ، وقد جهل فى الاجرة ثلاثة الأشياء المذكورة ، لأن الحرمة تشتد بزيادة الجهالة والغرر ، وتهون بقلته .

فان احتجوا : بقوله تعالى[٢٢] : (وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن)[٢٣] .

قلنا : يحتمل انه أراد نفقة الزوجية[٢٤]، وخص[٢٥] حال الرضـــاع،

لئلا يظن ظان انها كالناشزة[٢٦]، لا شتغالها عن خدمة الزوج بالولد .

---

(٢٢) فى نسخة ((ب)) : بقوله عز وجل .

(٢٣) سورة البقرة آية / ٢٣٣ .
وجه الدلالة : انه أوجب على الأب وهو المولود له ، نفقة الوالـــدات المرضعات ، ولم يعين قدرا أو جنسا أو صفة .

(٢٤) أى ولم يرد به بيان اجرة الارضاع ، ولذلك جازت النفقة مع الجهالـــة بالجنس والقدر والصفة .

(٢٥) سقط قوله (وخص) من نسخة ((ب)) .

(٢٦) سقطت تاء التأنيث من نسخة ((ب)) . ويجوز اثباتها ، للتفرقـــة بها بين الرجل والمرأة ، فان الرجل اذا ضرب امرأته وجفاهـــا ، قيل : انه ناشز ، وكذا فان المرأة اذا استعصت على زوجهـــا وأبغضته ، قيل فيها : انها ناشزة . أنظر القاموس جـ٢ ص ١٩٤ .
وعلى القول بحذف التاء يكون على اعتبار أن النشوز فى الغالـــب انما يكون من المرأة ، ولذلك اختصت به ، دون الرجل ، كما تقول امـــرأة حامل وحائض ، بدون تاء التأنيث لعدم مشاركة الرجل لها فيه .
واصل النشوز : الارتفاع ، يقال : نشز من مكانه نشوزا اذا ارتفـــع عنه ، والنشز بفتح الأول والثانى : المرتفع من الأرض ، والسكون فـــى الثانى لغة ، ويجمع الساكن على نشوز مثل فلس وفلوس ونشاز كسهم وسهـام ، ويجمع المفتوح على انشاز كأسباب .
تقول : أنشزت المكان ، بالألف ، أى رفعته ، واستعير ذلك للزيـــادة والنمو ، فقيل : أنشز الرضاع العظم وانبت اللحم .
ونشزت المرأة نشوزا ، من بابـي : ضرب وقعد ، اذا عصت زوجها وامتنعت عليه تعاليا . أنظر المصباح جـ٢ ص٢٧٤ . المختار ص ٦٦٠ .

قالوا : نوع عقد يقصد به المنفعة ، فجاز أن يكون سببا لاستحقاق طعمة وكسوة غير موصوفة ، كالنكاح . (٢٧)

قلنا : النكاح يجوز مع الجهل بالمدة ، ولا يجوز ذلك هاهنا ، (٢٨) ولان ذاك (٢٩) بدل يثبت من طريق الحكم ، (٣٠) فهو كمهر المثل ، (٣١) وهذا (٣٢) بدل يثبت بالشرط ، فهو كالمهر المسمى . (٣٣)

---

(٢٧) حيث تستوجب به الزوجة الطعمة والكسوة غير الموصوفة .
بجامع ان كلا نوع عقد يقصد به المنفعة ، اما الاصل فالنكاح واما الفرع فهو الاستئجار للارضاع .
ولما كان حكم الاصل جواز كونه سببا فى استحقاق طعمة وكسوة مجهولة ، كان حكم الفرع كذلك فيجوز استئجار المرأة للارضاع بطعمتها وكسوتها أيضا لذلك .

(٢٨) أى فى الاجارة .
وهذا فارق بين الاصل والفرع فى قياسهم الاجارة على النكاح ، ولا قياس مع الفارق .

(٢٩) فى نسخة ((ب)) : ولأن ذلك . / أى النفقة فى النكاح .

(٣٠) أى انه ثبت بحكم الشرع ، وليس برضا الزوجين .

(٣١) حيث يجوز فرضه ، مع كونه مجهول الصفة والقدر والجنس .
بجامع ان كلا بدل يثبت من طريق الحكم ، اما الاصل فمهر المثل ، واما الفرع فالنفقة فى النكاح .
ولما كان حكم الاصل صحة فرضه مع مافيه من الجهالة ، كان حكم الفرع كذلك فتجب النفقة فى النكاح مع الجهالة أيضا لذلك .

(٣٢) أى الاجرة فى الاجارة .

(٣٣) حيث يثبت باشتراط المتعاقدين فيه .
بجامع ان كلا بدل يثبت بالشرط ، اما الاصل فالمهر المسمى ، واما الفرع فالاجرة .
ولما كان حكم الاصل ثبوته باشتراط المتعاقدين فلا يصح فيه الجهالة ، كان حكم الفرع كذلك فلا تصح الجهالة فى الاجارة أيضا لذلك .

قالوا : مؤونة يجبر الأب عليها لتغذية الولد ، فجاز أن يكون طعاما وسطا غير موصوف ، كنفقة الولد (٣٤).

قلنا : ذاك (٣٥) يجب على جهة الصلة (٣٦)، وهذا (٣٧) يجب بالعقد على سبيل العوض (٣٨)، فهو كالاعواض في العقود (٣٩).

---

(٣٤) حيث تكون طعاما وسطا غير موصوف.

بجامع ان كلا مؤونة يجبر الأب عليها لتغذية الولد ، اما الاصل فنفقة الولد ، واما الفرع فأجر الظئر.

ولما كان حكم الاصل جواز كونها طعاما وسطا غير موصوف ، كان حكم الفرع كذلك فيجوز أن تكون الاجرة وسطا غير موصوفة أيضا لذلك .

(٣٥) أى نفقة الولد .

(٣٦) أى لا الاجرة ، ولهذا جاز مع الجهالة.

(٣٧) أى اجرة الظئر.

(٣٨) أى فوجب أن يكون مقدرا فضا للنزاع .

(٣٩) حيث لا يجوز أن تكون مجهولة .

بجامع ان كلا بدل يجب على سبيل العوض ، اما الاصل فالاعواض فى العقود ، واما الفرع فالاجرة .

ولما كان حكم الاصل عدم صحته مع الجهالة ، كان حكم الفرع كذلك فلا يصح استئجار الظئر بطعامها وكسوتها أيضا لذلك .

والمقصود: اثبات ان بين الاصل والفرع فارقا فى قياسهم المذكور فيبطل به .

* مسألة (٢٢٥) : اذا قال : ان خطته روميا فلك درهم (١) وان خطته فارسيا فنصف درهم (٢) لم تصح الاجارة (٣) ١٦٩/ش.

---

(١) لانه بغرزتين ، فتقتضى خياطته جهدا أكبر من الخياطة الفارسية .

(٢) لانه بغرزة واحدة . أنظر فتح العزيز جـ١٢ ص ٢٠٢ .

(٣) أى فالعقد فاسد ، وان خاطه فله اجرة المثل .

أنظر: فتح العزيز جـ١٢ ص٢٠٢ . مغنى المحتاج جـ٢ ص ٣٤٠ . القليوبى جـ٣ ص ٧٣ .

وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى جـ٢ ص ٣٥٥ . كشاف القناع جـ٣ ص٥٤٨ وذكر فى المغنى جـ٥ ص ٣٧٧ رواية اخرى بالصحة تخريجا على الروايتين فى مسألة : ان خطته اليوم فبدرهم وان خطته غدا فبنصف درهم .

وهو قول المالكية أيضا تخريجا على قولهم بفساد العقد ان قال لـه : ان خطته اليوم فبكذا والا فبكذا . للجهل بقدر الاجرة وقت العقد .

أنظر: الشرح الكبير جـ٤ ص ٧ . الجواهر جـ٢ ص ١٨٥ . وذكر فى شرح المنح جـ٣ ص ٧٤٨ عن ابن عبد الحكم وسحنون جواز هذا العقد .

ومحل عدم صحته هو ما اذا وقع العقد لازما ، اما اذا وقع بشرط الخيار لكل منهما فيجوز ، لأن الغرر لا يعتبر مع الخيار ، لانه اذا اختار امرا فكأنه ماعقد الا عليه ، أنظر حاشية الدسوقى جـ٤ ص ٧ .

ويشبه أن يكون القول ببطلان الاجارة المذكورة هو مذهب ابن حزم أيضا . لقوله : ولا يجوز استئجار دار ولا عبد ولا دابة ولا شئ أصلا ليوم غير معين - ولا لشهر غير معين ولا لعام غير معين ، لان الكراء لم يصح على شئ لم يعرف فيه المستأجر حقه ، فهو اكل مال بالباطل وعقد فاسد . أهـ ، المحلى : جـ٩ ص ١٧ .

وقال أبو حنيفة : تصح وأيهما خاط استحق.(٤)

لنا : ان الاجارة وقعت على مجهول غير معين ، فأشبه اذا قال : بعتك أحد هذين الثوبين أو بعتك(٥) بدرهم نقدا أو بدرهمين نسيئة.(٦)

قالوا : خيره بين عملين معلومين ، كل واحد منهما ببدل معلوم ، فصح، كما لو قال : ان رددت عبدى الابق من الكوفة فلك درهم ، وان رددته من مصر فلك دينار.(٧)

---

(٤) خلافا لزفر حيث قال : لا يجوز ، لجهالة المعقود عليه للحال .
الهداية جـ٨ ص ٧٠ ، التبيين جـ٥ ص ١٣٨ . مجمع الانهر جـ٢ ص٣٩٤
وذكر فى المبسوط جـ١٥ ص ١٠٠ ان القول بفساده قال به أبو حنيفة أولا ، ثم رجع عنه .

(٥) فى نسخة ((ب)) : أو قال .

(٦) حيث لا يصح ذلك العقد .
بجامع وقوع العقد على مجهول غير معين ، فى كل من الاصل وهو مالو قال : بعتك أحد هذين الثوبين ، أو بعتك بدرهم نقدا أو بدرهمين نسيئة ، والفرع وهو مالو قال : ان خطته روميا فبدرهم وان فارسيا فبنصفه .
ولما كان حكم الاصل البطلان فيه ، كان حكم الفرع كذلك فلا يصح العقد عليه أيضا لذلك .

(٧) حيث يصح العقد فيه .
بجامع التخيير بين عملين معلومين ، كل منهما ببدل معلوم ، فى كل من الاصل وهو مالو قال : ان رددت على عبدى الابق من الكوفة فبدرهم وان من مصر فبدينار ، والفرع وهو مالو قال : ان خطته روميا فبدرهم وان فارسيا فبنصفه .
ولما كان حكم الاصل الصحة ، كان حكم الفرع كذلك فيصح العقد فيه أيضا لذلك .

قلنا: (٨) ينكسر بما قسنا عليه، (٩) والجعالة (١٠) تصح مع الجهالة، ولهذا لو قال: أي عبد لي رددت فلك درهم، جاز، وان خطته غدا فلك نصف درهم، (١١) لم يجز. (١٢)

* مسألة (٢٢٦): اذا قال ان خطته اليوم فلك درهم وان خطته غدا فلك نصف درهم (١) لم يصح العقد. / ١٧٠ ى

---

(٨) في نسخة ((ب)): فلا ينكسر. / وهو خطأ.

(٩) وهو مالو قال: بعتك أحد هذين الثوبين أو بعتك بدرهم نقدا أو باثنين نسيئة، حيث لا يصح مع الوصف الذي ذكروه فيهما.

(١٠) مثلثة الجيم المعجمة، والأشهر الكسر.
من الجعل بضم فسكون وهو الأجر، تقول: جعلت له جعلا. أنظر المصباح جـ١ ص١١١.
وهي شرعا: التزام عوض معلوم على عمل معين أو مجهول عسر علمه. أهـ مغني المحتاج جـ٢ ص٤٢٩.

(١١) سقط قوله (جاز، وان خطته غدا فلك نصف درهم) من نسخة ((ب)) فكانت العبارة فيه: فلك درهم لم يجز. / وهو خطأ فاحش لقلبه الحكم في المسألة.

(١٢) أي فبطل قياسهم الاجارة على الجعالة، لأن الجعالة تحتمل الجهالة، ولا كذلك الاجارة، فهذا فارق بينهما، والقياس مع الفارق باطل.

(١) أي فالعقد فاسد، والواجب اجرة مثله في أي يوم خاطه.
أنظر: فتح العزيز جـ١٢ ص٢٠٢.
وهو قول الحنابلة: شرح المنتهى جـ٢ ص٣٥٥. كشاف القناع جـ٣ ص٥٤٨
وذكر في المغني جـ٥ ص٣٧٦ عن أحمد رواية أخرى بالجواز.
وبه يقول المالكية أيضا: الشرح الكبير جـ٤ ص٧. الجواهر جـ٢ ص١٨٥.
=
شرح المنح جـ٣ ص٧٤٨.

وقال أبو حنيفة : ان خاط [٢] على الشرط الأول استحق المسمى ، وان خاط على الشرط الثاني فله اجرة المثل لا يزاد على الدرهم ولا ينقص عن النصف . [٣]

لنا : هو ان المعقود عليه أحد الامرين ، وهو مجهول ، فأشبه اذا قال : بعتك أحد هذين الثوبين [٤] ولأن الاجرة مجهولة فأشبه اذا قال بعتك بدرهم نقدا وبدرهمين نسيئة . [٥]

= ومحله عندهم كما في المسألة قبلها : مالم يقع العقد لازما ، ولو لا حدهما ، والا بان كان الخيار لكل منهما فيجوز ، لأن الغرر لا يعتبر مع الخيار ، لأنه اذا اختار فكأنه ماعقد الا عليه ، اذ عقد الخيار منحل ، كما في حاشية الدسوقي جـ٤ ص ٧ .

وببطلان هذا العقد يقول ابن حزم أيضا لما نقلنا عنه في المحلى جـ٩ ص ١٧ في المسألة قبل هذه ، فلينظر .

(٢) في نسخة ((ب)) : ان خاطه ./ وكذا خاطه الثانية .

(٣) خلافا لزفر حيث قال : العقد فاسد ، وخلافا للصاحبين حيث قالا : العقد صحيح بشرطيه فله المسمى في الحالتين .

أنظر : المبسوط جـ١٥ ص١٠٠ . الهداية جـ٨ ص٧٠ . التبيين جـ٥ ص١٣٩ . مجمع الأنهر جـ٢ ص ٣٩٥ .

(٤) حيث لا يصح ذلك العقد .

بجامع ان المعقود عليه غير معين ، في كل من الأصل وهو مالو قال بعتك أحد هذين الثوبين ، والفرع وهو مالو قال : ان خطته اليوم فبدرهم وان خطته غدا فبنصفه .

ولما كان حكم الاصل بطلان العقد فيه ، كان حكم الفرع كذلك فلا يصح العقد فيه أيضا لذلك .

(٥) حيث يبطل العقد المذكور .

بجامع الجهالة في الاجرة ، في كل من الاصل وهو مالو قال : بعتك بدرهم نقدا وبدرهمين نسيئة ، والفرع وهو مالو قال ان خطته اليوم فبدرهم وان غدا فبنصفه ، =

ولأن الشرط الثاني (٦) فاسد ، فكذلك الأول (٧) ولانه لو صح الشرط الأول للزم (٨) كسائر الاجارات (٩).

قالوا : الشرط الأول صحيح ، لانه عمل (١٠) معلوم ، باجرة معلومة ، والشرط الثاني باطل لانه شرط النقصان لاجل الوقت ، والوقت لا يقابل ببدل ، ولهذا لا يجوز لمن له على رجل ألف مؤجل (١١) ان يحط خمسمائة على أن يعجل له الباقي ، فيبطل الثاني (١٢) ولا يؤثر ذلك في الأول ، (١٣) كما لو قال بعتك

= ولما كان حكم الاصل البطلان فيه ، كان حكم الفرع كذلك فلا يصح العقد فيه أيضا لذلك .

(٦) وهو قوله : وان خطته غدا فبنصف درهم .

(٧) لانه مبني عليه ، وما انبنى على فاسد فهو فاسد أيضا .

(٨) أي لصح العقد ، بشرطيه الأول والثاني .

(٩) حيث تصح بالشروط . أي والحال انه لم يصح ، فلم يلزم العقد ، لا بشرطه الأول ولا بشرطه الثاني ، لفساد الأول بسبب الجهالة ، والثاني مبني عليه ، فكان مثله فيه .

(١٠) في نسخة ((ب)) : لان عمله معلوم واجرته معلومة .

(١١) في نسخة ((ب)) : الف الى وقت مؤجل .

(١٢) أي الشرط الثاني في المسألة ، وسبب بطلانه اذا جعل في مقابلة الزمن جزءا من الاجرة ، حيث اسقط نصف الدرهم في مقابلة التأخير الى اليوم الثاني .

(١٣) لانه شرط صحيح ، لكونه شرطا على عمل معلوم واجر معلوم .

هذا بألف، واجرتك داري بخمر. (١٤) (١٥)
قلنا: الاول صحيح لو اقتصر عليه، فاما اذا خيّر بينه وبين
الثاني، صار المعقود عليه احدهما لا بعينه،(١٦) بخلاف مالو قال: بعتك
هذا بألف، واجرتك داري بخمر، فان ذاك(١٧) عقدان،(١٨) وهذا(١٩) عقد
على احدهما.(٢٠)

* مسألة (٢٢٧): اذا دفع ثوبا الى خياط فقطعه قباء(١)، فقال رب الثوب:

---

(١٤) في الاصل (دارا) والأولى ما أثبتناه من نسخة ((ب)) لتعيين الدار في العقد.

(١٥) حيث لا يبطل العقد الأول لبطلانه في الثاني، لكون الاجرة في الأخير محرمة.

(١٦) أي فيبطل ذلك العقد، لانهما دخلا فيه على الجهالة بعين المعقود عليه.

(١٧) في نسخة ((ب)): فان ذلك./ اشارة الى مالو قال: بعتك هذا بألف وأجرتك داري بخمر.

(١٨) أي فلا يلزم من فساد أحدهما فساد الأخر.

(١٩) اشارة الى مالو قال: ان خطته اليوم فبدرهم وان غدا فبنصفه.

(٢٠) أي لا بعينه، فيبطل للجهالة بالمعقود عليه فيه،
أي وهذا فارق بين الاصل والفرع، يبطل به قياسهم المذكور.

(١) في دائرة القرن العشرين جـ٧ ص ٦٢٧: القباء ثوب يلبس فوق الثياب وقيل يلبس فوق القميص، ويتمنطق عليه، جمعه أقبية. أهـ.
وفي تصحيح التنبيه ص ٨٦: القباء ممدود وجمعه أقبية، وتقبيت القباء لبسته.
قال الجواليقي: قيل هو فارسي معرب وقيل عربي مشتق من القبو وهو الضم والجمع. أهـ.
قلت: وهو ما يسمى الآن بالمعطف.
=

أمرتك أن تقطعه قميصا [٢]، وقال الخياط : بل امرتني ان اقطعه قباء، ففيه أقوال : أحدها : انهما يتحالفان ، والثاني : ان القول قول الخياط ، والثالث : ان القول قول رب الثوب [٣] ./ ١٧٠ ى.

وهو قول أبي حنيفة [٤].

= وأول من لبسه سليمان بن داود عليه السلام لانه كان اذا أدخل رأسه في الثياب كنصت الشياطين أي حركت أنوفها استهزاء . أنظر النظم المستعذب جـ١ ص ٤١٠ .

(٢) القميص يذكر ويؤنث ، ولا يكون الا من قطن ، ولما من الصوف فلا يسمى قميصا ، وجمعه قمص على وزان كتب جمع كتاب ، ويجمع على اقمصة كأسورة جمع سوار ، وقمصان على وزن لقمان . أنظر القاموس جـ٢ ص ٣١٥ .

(٣) الأم جـ٤ ص ٣٩ . المختصر ص ١٢٨ . ورجح النووي القول الثالث فقال : فالأظهر تصديق المالك بيمينه ، ولا اجرة عليه وعلى الخياط ارش النقص . أهـ . المنهاج ص ٧٨ . وأنظر الوجيز جـ١ ص ٢٣٨ .
وذهب ابن حزم الى أن القول عند الاتلاف وانعدام البينة هو قول الصانع والأجير مع يمينه ، أنظر المحلى جـ٩ ص ٣٥ وخياطة الثوب على غير المطلوب اتلاف له على صاحبه .

(٤) أي فيجب الضمان على الخياط اذا حلف رب الثوب .
أنظر: الهداية جـ٨ ص ٨١ و ص٨٢ . التبيين جـ٥ ص ١٤٢ . مجمع الأنهر جـ٢ ص ٣٩٧ .
وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى جـ٢ ص ٣٧٨ . كشاف القناع جـ٤ ص ٤٠ . المحرر جـ١ ص ٣٥٨ .
وذهب المالكية الى أن القول قول الصانع في ذلك .
أنظر: الشرح الكبير : جـ٤ ص ٥٦ . الجواهر جـ٢ ص ١٩٨ . شرح المنح : جـ٣ ص ٨٢٧ .
ومحله عندهم : هو ما اذا لم تشبه الصفة التي يدعيها المستأجر حاله ، والا بان اشبهت حاله فالقول قوله دون الأجير، كما لو استأجره فقيه =

فالدليل على أنهما يتحالفان : ان كل واحد منهما يدعى على الآخر ماينكره ،فأشبه اذا ادعى عليه بيعا ،وادعى هو هبة.(٥)

والدليل على أن القول قول الخياط : انهما اتفقا على الاذن،(٦) واختلفا فى التعدى ،فكأن القول قول المأذون ، كالمضارب ورب المال.(٧)

= لخياطة ثوب ضيق الاكمام ،فخاطه واسع الاكمال ، لأن سعة الاكمام من الاسراف ولا يظن بحال الفقيه طلب توسيع الاكمال ،فكان القول قوله ،لمناسبته لحاله .

(٥) حيث يتحالفان فيه.
بجامع ان كل واحد منهما يدعى على الآخر ماينكره ، اما الأصل فما لو ادعى عليه بيعا وادعى هو هبة ، واما الفرع فهو مالو قال المستأجر امرتك بأن تخيطه قميصا وخالفه الخياط فقال : بل قباء.
ولما كان حكم الاصل تحالفهما فيه ، كان حكم الفرع كذلك فيتحالف المستأجر والخياط أيضا لذلك .

(٦) أى من المستأجر للخياط بالخياطة.

(٧) حيث يكون القول فيه قول المضارب عند الاختلاف .
بجامع الاتفاق على الاذن والاختلاف فى التعدى ،فى كل من الأصل وهو المضارب ورب المال ، والفرع وهو المستأجر والخياط .
ولما كان حكم الاصل هو أن القول قول عامل المضاربة ، كان حكم الفرع كذلك فيكون القول قول الخياط عند الاختلاف أيضا لذلك .

قالوا : الخياط يدعى عليه اذنا ينكره ، فأشبه اذا ادعى عليه الاذن فى القطع ، فأنكر .(٨)

قلنا : هناك(٩) الظاهر مع رب الثوب ، فان الاصل عدم الاذن ، وهاهنا(١٠) الظاهر مع الخياط ، لأن رب الثوب يدعى عليه تعديا ، الأصل عدمه ، ولهذا لو اختلف رب المال والمضارب فى الاذن فى التصرف ، كان القول قول رب المال ، ولو اختلفا فى التعدى كان القول قول المضارب .(١١)

* مسألة (٢٢٨) : اذا تلف الشئ فى يد(١) الأجير المشترك ،(٢) ففيه

---

(٨) أى وقال انما جعلته عندك وديعة . فالقول قول رب الثوب فى ذلك .
بجامع ادعاء الخياط الاذن وانكار رب الثوب ذلك ، فى كل من الاصل وهو مالو ادعى الخياط الاذن فى قطع الثوب وانكره رب الثوب والفرع وهو مالو ادعى الخياط الاذن فى جعله قباء وانكره رب الثوب.
ولما كان حكم الاصل أن القول قول رب الثوب فى الاذن بالقطع ، كان حكم الفرع كذلك فيكون القول قوله أيضا فى نوع الخياطة ، لذلك .

(٩) أى فيما لو ادعى عليه الاذن فى القطع فانكر رب الثوب .

(١٠) أى فيما لو ادعى عليه رب الثوب انه امره بقطعه قباء وخالفه الخياط.

(١١) لانه أمين على رأس المال ، والأصل عدم التعدى .
أى وبثبوت هذا الفارق بين الاصل والفرع فى قياسهم يبطل الاحتجاج به .

(١) فى نسخة ((ب)) : تحت يد .

(٢) فى نسخة ((ب)) : المشترى . / وهو تحريف .
والأجير المشترك : هو من التزم عملا فى ذمته . سمى بذلك لانه يلتزم فى ذمته اعمالا لمتعددين ابتداء أو دواما ، فهم مشتركون فى منفعته فلو التزم العمل لواحد امكنه ان يلتزم لاخر مثله .
ويقابله الاجير الخاص أو المنفرد ، وهو من أجر نفسه مدة معينة لعمل =

قولان ،أحدهما أنه يضمن ، والثاني : انه لا يضمن.(٣) / ١٧٠ ى .

= وسمي بذلك لأن منافعه مختصة بالمستأجر في المدة .
أنظر شرح المحلى جـ٣ ص٨١ والقليوبي عليه أيضا .

(٣) أى مطلقا سواء كان التلف بفعله أولا في القولين ، ومحل الخلاف مع الحنفية مالم يتعد .
وفي تلف المال في يد الأجير بلا تعد ،ثلاثة أقوال للشافعية :
الأول : لا ضمان ان لم ينفرد باليد بان قعد المستأجر معه . وكذا ان انفرد في الأصح .
الثاني : عليه الضمان مطلقا ،انفرد أو لم ينفرد ،مشتركا كان أو خاصا .
الثالث : التفريق بين الأجير المشترك فيضمن ،والخاص فلا يضمن .
أنظر: الوجيز جـ١ ص ٢٣٧ . المنهاج ص ٧٧ وشرح المحلى جـ٣ ص٨١
وذكر في المختصر ص ١٢٧ القولين الذين ذكرهما المصنف نصا .
وبايجاب الضمان على الأجير المشترك وان لم يتعد ، يقول الحنابلة .
أنظر: شرح المنتهى جـ٢ ص ٣٧٨ . كشاف القناع جـ٤ ص٣٥ . المغنى : جـ٥ ص ٣٨٨ .
ومحله عندهم: هو ما اذا كان الأجير يعمل في ملك نفسه ،كالخباز يخبز في تنوره والخياط يخيط في دكانه ،والا بان دعا الرجل خبازا الى داره فخبز لهفيها فلا ضمان عليه فيما تلف مالم يفرط لانه صار بذلك كالاجير الخاص .
ذكر ذلك في المغنى جـ٥ ص ٣٨٩ .
وأوجب المالكية الضمان على الأجير المشترك مطلقا أيضا .
الا أن يكون في عمله تغرير فلا يضمن الا أن يتعدى أو يفرط ،كنقش فص وثقب لؤلؤة وتقويم سيف لاحتمال حدوث الكسر في الكل وكذا احتراق الخبز عند الفران أو الثوب عند الصباغ ، ومثله الطبيب والختان والبيطار، لأن مافيه التغرير كأن صاحبه هو الذى عرضه لما أصاب من التلف.
ومحل الضمان في غير التغرير:هو ما اذا عمل في ملك نفسه ،والا فلا ضمان=

وقال أبوحنيفة : ان تلف بفعله (٤) وجب الضمان (٥) ، وان تلف بغير فعله (٦) ، لم تجب. (٧)

= لشبهه حينئذ بالاجير الخاص.
أنظر: الجواهر جـ٢ ص ١٩١ ونقل الشيخ عليش عن ابن رشد ان في المذهب قولين في تضمين الصانع المشترك . أنظر شرح المنح جـ٣ ص٧٩٠ الشرح الكبير جـ٤ ص ٢٨ .
ثم المالكية يفرقون في الضمان المطلق وان بلا تعد ، بين الصناع والاجراء فيوجبون الضمان مطلقا على الصناع لغلبة فقر الصناع ورقة دياناتهم واضطرار الناس الى صنعتهم ، واما الاجراء فيضمنون بالتعدى .
أنظر شرح المنح جـ٣ ص ٧٨٨ .
ومحل هذا التفريق بمالم يكن الصانع والاجير مشتركا ، والا فحكمه ماذكرنا عنهم .
وذهب ابن حزم الى عدم تضمين الاجير المشترك وغير المشترك سواء كان صانعا أو أجيرا الا بالتعدى . والقول قوله مالم تقم عليه بينة بالتعدى . أنظر المحلى جـ٩ ص ٣٥ .

(٤) كتخريق الثوب من دقة وزلق الحمال وانقطاع الحبل وغرق السفينة من سوء قيادته .

(٥) أى وان لم يتعد .

(٦) كغرق السفينة من الريح والموج ونحو ذلك .

(٧) مالم يتعد خلافا لزفر حيث أوجب عليه الضمان في الحالين .
أنظر : الهداية جـ٨ ص ٦٢ . التبيين جـ٥ ص ١٣٥ . مجمع الأنهر : جـ٢ ص ٣٩٢ .

فالدليل على أنه لا يضمن : هو أنه تلف في يد الأجير بغير تعد ، فلم يضمنه ، كما لو تلف في يد القصار (٨) .

فان قيل : التلف في الأصل (٩) حصل بفعل الله تعالى (١٠) وهو السراية .

قيل : الا أنه حصل ذلك بسبب فعله ، (١١) ولأنه تلف حصل من عمل مأذون فيه فلا يضمنه كما لو تلف في يد المعين (١٢) .

---

(٨) على وزن جلاد . تقول : قصرت الثوب قصرا ، اذا بيضته وفي الصنعة منه تقول : قصارة ، بكسر الأول . أنظر المصباح جـ٢ ص ١٦٣ .
وفي المختار ص ٥٣٧ : قصر الثوب دقه ، وبابه نصر ، ومنه القصار ، وقصره - بتشديد الصاد المهملة - تقصيرا مثله . أهـ.
وفي القاموس جـ٢ ص ١١٨ ، وكشداد ومحدث - أي قصار ومقصر - محور - بتشديد الواو - الثياب ، وحرفته القصارة بالكسر ، وخشبته المقصرة ، كمكنسة . أهـ
فلا يجب عليه الضمان وان حصل التلف بفعله .
والجامع في القياس المذكور هو التلف بلا تعد ، في كل من الاصل وهو مالو تلف الثوب بيد القصار والفرع وهو مالو تلف في يد الأجير المشترك .
ولما كان حكم الاصل عدم الضمان فيه على القصار ، كان حكم الفرع كذلك فلا يضمن الأجير المشترك ما تلف بيده أيضا لذلك .

(٩) أي في يد القصار .

(١٠) في نسخة ((ب)) : بفعل الله تبارك وتعالى . / أي فلا يوصف بالتعدى وعدمه اذن .

(١١) أي فيضاف الحكم اليه ، باعتباره السبب القريب ، فيكون في حكم المباشرة اذا اجتمعت مع السبب ، حيث تقدم عليه في الضمان .
ولذلك جاز وصفه بالتعدى وعدمه .

(١٢) من الاعانة ، حيث لا يجب عليه الضمان . وفي نسخة ((ب)) : المعير . / وهو تحريف بجامع الاذن له بالتصرف ، في كل من الاصل وهو مالو تلف في يد المعين والفرع وهو مالو تلف في يد الأجير المشترك .

=

فان قيل : المعين (١٣) واهب ، والهبة لا تقتضى التسليم ، والمؤجر بائع والبيع يقتضى التسليم (١٤) .

قيل (١٥) :

قالوا : العمل مضمون عليه ، فضمن ما تولد منه (١٦) ، كالجناية (١٧) .

= ولما كان حكم الاصل عدم وجوب الضمان عليه به ، كان حكم الفرع كذلك فلا يجب الضمان على الأجير المشترك أيضا لذلك .

(١٣) فى نسخة ((ب)) : المعير . / من الاعارة . وهو تحريف أيضا .

(١٤) أى فاذا هلك المبيع فى يده قبل التسليم انفسخ العقد ولا ضمان عليه . أى فبين الأصل والفرع فارقا يبطل به قياسكم .

(١٥) سقطت من نسخة ((ب)) . ولم يذكر فى الاصل الجواب على الاعتراض المذكور . بل مكتوب فى الهامش كلمة (موضع بياض) وهو سطر كامل ،
ويبدو أن المؤلف لم يحضره الجواب فترك له فراغا ، ثم شغل عنه ، بدليل أن الكتاب قرئ على المؤلف من ناحية ، وكلمة (موضع بياض) مكتوبة بخط يشبه خط الناسخ ، فيبدو أن المؤلف امر بترك موضع البياض هذا ، ليكتب فى المستقبل . والله أعلم .
ويمكن أن يقال فى الجواب على ايرادهم بأن يقال : لكن لا تعدى من الأجير فلا يجب عليه الضمان .

(١٦) فى نسخة ((ب)) : فيه . / وهو تصحيف .

(١٧) حيث يضمن ما تولد منها ، كما لو قطع يده فسرى الالم الى نفسه فمات .
بجامع ان الفعل مضمون عليه . فى كل من الأصل وهو الجناية ، والفرع وهو الاجارة .
ولما كان حكم الاصل وجوب الضمان عليه فيما تولد من جنايته ، كان حكم الفرع كذلك ، فيجب على الأجير المشترك الضمان فيما تولد من فعله أيضا لذلك .

قلنا : يبطل بالأجير المفرد(١٨) وبالقصار(١٩) ، ثم الجناية عدوان ، وهذا(٢٠) مأذون فيه ،فهو كقطع السارق(٢١) ولأن ذلك(٢٢) ضمان غرامة ،فاقتضى الغرامة فيما تولد منه ،وهذا(٢٣) ضمان عقد فلا تقتضي ضمان الغرامة(٢٤) .

فصل(٢٥) : وأما الدليل(٢٦) على أنه يضمن ماتلف بغير فعله(٢٧)، على

---

(١٨) أي الخاص . وهو كما قلنا من استؤجر على العمل بمدة .

(١٩) حيث لا يجب عليهما ضمان ما تولد من فعلهما ، مع كون العمل مضمونا عليهما .

(٢٠) أي العمل في الاجارة .

(٢١) حيث لا ضمان فيه على القاطع ،وهو الجلاد أو الامام لو سرى القطع الى نفسه .

بجامع الاذن له فيه ، في كل من الاصل وهو قطع الجلاد يد السارق ، والفرع وهو تلف المال في يد الأجير المشترك .

ولما كان حكم الأصل عدم وجوب الضمان عليه فيه ، كان حكم الفرع كذلك فلا يجب الضمان على الأجير المشترك أيضا لذلك .

(٢٢) أي الضمان في الجناية .

(٢٣) أي الضمان في الاجارة .

(٢٤) أي فيما تولد منه .
أي فهذا فارق بين الاصل والفرع يبطل به قياسهم المذكور .

(٢٥) سقطت كلمة (فصل) من نسخة ((ب)) .

(٢٦) في نسخة ((ب)) : والدليل .

(٢٧) أي مالم يتعد .

القول الأخر ،أن من استحق عليه الأجر (٢٨) ضمنه (٢٩) اذا تلف عنـــــده (٣٠) ،
كما لو كان ذلك بفعله (٣١) ، ولانه لو استأجر حمالا ليحمل له شيئا فعـــثر
فى نصف الطريق وكسر (٣٢) ، كان لصاحب المتاع عندهم أن يضمنه من وقت القبض (٣٣) ،
فلو لم يكن مضمونا عليه بالقبض (٣٤) لما ضمنه من وقت القبض .

قالوا : قبض باذن المالك لا على وجه البدل والوثيقة ،فأشبه الوديعة (٣٥) .

---

(٢٨) فى نسخة ((ب)) : الاجرة ./ وهو صاحب المال أى المستأجر .

(٢٩) أى الأجر .

(٣٠) أى عند المستأجر ،وان كان بغير فعله . أى فكذلك الأجير يضمن
الثوب اذا تلف عنده .

(٣١) أى بفعل المستأجر ، حيث يضمنه للأجير قطعا .

(٣٢) فى نسخة ((ب)) : فكسر ./ أى الشئ المحمول .

(٣٣) أى وقت ابتداء الحمل ، أنظر الهداية جـ٨ ص ٦٧ ، وذكـــــر
فى الكفاية أن زفر خالفهم فى ذلك فاسقط عنه الضمان .
أنظر جـ٨ ص ٦٧ .

أى فدل تضمينهم اياه وقت القبض على أن الأجير يضمن ما تلف بغير
تعد منه .

(٣٤) أى وان لم يكن بفعله .

(٣٥) حيث لا يجب عليه الضمان بها اذا تلفت بفعل غيره .
بجامع القبض باذن المالك لا على وجه البدل والوثيقة ،فى كل من الاصل
وهو الوديعة ،والفرع وهو الاجارة .
ولما كان حكم الاصل عدم وجوب الضمان عليه بتلفها بفعل غيره ،كان حكم
الفرع كذلك ،فلا يجب الضمان على الأجير المشترك أيضا لذلك .

قلنا : (٣٦) الوديعة لو تلفت بالفعل (٣٧) المأذون ، لم يضمن (٣٨) ، وها هنا (٣٩) يضمن (٤٠) .

* مسألة (٢٢٩) : اذا استأجر دابة للركوب فضربها أو كبحها (١) باللجام فتلفت لم يضمن (٢) . / ١٧٠ ش .

---

(٣٦) سقط قوله (" قلنا : الوديعة) من نسخة ((ب)) .

(٣٧) فى نسخة ((ب)) : بفعل المأذون .

(٣٨) أى المتلف .

(٣٩) أى فى الاجير المشترك .

(٤٠) أى مع كون التلف ناتجا عن فعل مأذون فيه .
أى وبهذا الفارق بين الاصل وهو الوديعة والفرع وهو الاجارة ، يبطل قياسهم المذكور .

(١) أى شدها وجذبها به لتقف ، تقول : كبحت الدابة باللجام كبحا ، اذا جذبتها به ، وبابه نفع . أنظر المصباح جـ٢ ص ١٨٢ .

(٢) الأم جـ٤ ص ٣٧ . المختصر ص ١٢٧ . شرح المحلى جـ٣ ص ٨٢ .
ومحله : هو ما اذا كبحها به الكبح المعتاد لمثلها ، والا ضمن لتعديه به .
وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى جـ٢ ص ٣٧٩ . كشاف القناع جـ٤ ص ٤٠ . المغنى جـ٥ ص ٣٩٧ .
وبعدم تضمين المكترى ما لم يتعد يقول المالكية أيضا لان يده على العين يد امانة .
ومثله الأجير على التفصيل السابق عندهم فى المسألة قبل هذه .
أنظر : الشرح الكبير جـ٤ ص ٢٤ . الجواهر جـ٢ ص ١٩٠ . شرح المنح : جـ٣ ص ٧٨٥ .

وقال أبو حنيفة : يضمـــن .(٣)

لنا : هو أنه امانة هلكت في يده بغير عدوان ، فأشبه الوديعـــة.(٤)

ولأن ضرب البهيمة للسوق متعارف ، والمتعارف كالمنطوق به ،(٥) ثم المنطوق به ، لا يتعلق به الضمان وهو ضرب الرائض ،(٦) فكذلك هاهنا .(٧)

---

(٣) خلافا للصاحبين .
أنظر: الهداية جـ٨ ص ٢٩ . التبيين جـ٥ ص ١١٨ . مجمع الأنهـــر: جـ٢ ص ٣٧٩ .
ولم أقف على قول ابن حزم في هذه المسألة .

(٤) حيث لا يجب عليه ضمانها بلا تفريط منه فيها .
بجامع ان كلا امانة هلكت في يده بغير عدوان ، اما الأصل فالوديعة واما الفرع فالدابة المكتراة .
ولما كان حكم الاصل عدم الضمان فيها مالم يتعد ، كان حكم الفـــرع كذلك ، فلا ضمان بتلف الدابة المكتراة مالم يتعد المكترى أيضا لذلك .

(٥) أى كالمصرح باباحته عند العقد .

(٦) وهو مدرب الدواب ومذللها ، تقول : رضت الدابة رياضا ، اذا ذللتها ، واسم الفاعل : رائض ، والدابة : مروضة . (أنظر المصباح جـ١ ص٢٦٣)
ويكون ذلك في صغار الدواب كالمهر والجحش ، أو للمستعصى من كبارها ، كالخيل والبغال والحمير .

(٧) في نسخة ((ب)) : فكذلك هذا . / أى في الدابة المستأجرة .
حيث لا يجب الضمان على المستأجر بتلفها بلا تعد في الكبح .
بجامع ان المتعارف كالمنطوق به في كل من الاصل وهو ترويض الدواب . والفرع وهو كبحها .
ولما كان حكم الاصل عدم وجوب الضمان على الرائض بتلفها ، كان حكم الفرع كذلك فلا يجب الضمان على مكترى الدابة بتلفها به أيضا لذلك .

قالوا : ضرب لم يقع العقد عليه ،فأشبه ضرب الزوجة.(٨)

قلنا : الا أنه لا يتوصل الى المعقود عليه(٩) الا به ،فصار(١٠) كالمعقود عليه ،(١١) كالافتضاض(١٢) فى النكاح ،(١٣) ويخالف الزوجة لانه يمكنه استيفاء المعقود عليه بالزجر والكلام(١٤) ،فاذا عدل الى الضرب وجب عليه

---

(٨) حيث يجب به على الزوج الضمان اذا نشأت عنه جناية .
بجامع عدم وقوع العقد عليه فى كل من الاصل وهو ضرب الزوجة ، والفرع وهو ضرب الدابة .
ولما كان حكم الاصل وجوب الضمان على الزوج بتلفها به ،كان حكم الفرع كذلك فيجب الضمان على مكترى الدابةبتلفها به أيضا لذلك .

(٩) وهو الانتفاع .
وقد سقط قوله (عليه) من الأصل ./ والأولى اثباته .

(١٠) سقط من نسخة ((ب)) قوله (الا به ،فصار كالمعقود عليه)

(١١) فى جواز فعله بلا ضمان مالم يكن تعد منه فيه .

(١٢) من الفض وهو الكسر ،تقول فضضت الخاتم ، اذا كسرته ، وفض البكارة ازالتها ، على جهة التشبيه بالختم ، مأخوذ من فضضت اللؤلؤة اذا خرقتها . أنظر المصباح جـ٢ ص ١٣٠ .

(١٣) حيث لا يجب على الزوج فيه ضمان الفض .
بجامع عدم التوصل الى المعقود عليه الا به ،فى كل من الاصل وهو الافتضاض فى النكاح ، والفرع وهو كبح الدابة المستأجرة .
ولما كان حكم الاصل عدم وجوب الضمان على الزوج بفضه لغشاء البكارة فى المرأة ، كان حكم الفرع كذلك فلا يجب على المكترى ضمان اتلاف الدابة اذا كبحها بدون تعد أيضا لذلك .

(١٤) لقول الله تعالى (واللاتى تخافون نشوزهن فعظوهن واهجروهن فى المضاجع ،واضربوهن فان اطعنكم فلاتبغوا عليهن سبيلا ان الله كان عليا كبيرا) سورة النساء آية / ٣٤ .

=

الضمان (١٥) بخلاف البهيمة (١٦) .

* مسألة (٢٣٠) : اذا استأجر ثوبا للبس أو دابة للركوب ، جاز أن يلبس (١) ويركب غيره . / ١٧٠ ش .

= وجه الدلالة : مراعاة الترتيب المذكور فى تأديب الزوجات ، فانه المشروع وماعداه عدوان فيوجب الضمان .

(١٥) لتعديه بمجاوزة المأذون به شرعا .

(١٦) حيث لا يمكن ذلك معها بالكلام والزجر ، فصار مأذونا به فيها .
أى فالقياس الذى ذكروه قياس مع الفارق فيبطل .

(١) أى سواء عين اللابس والراكب اثناء العقد أو اطلقه .
ومحله : اذا كان الغير مثل المستأجر فى الحجم طولا وقصرا ومتانة وفى الوزن وان اخف منه لاأثقل ، وان كان أقل منه خبرة ، الا أن يتفاحش التفاوت فيها بينهما فلا .
أنظر : الوجيز جـ١ ص ٢٣٦ . المنهاج ص ٧٧ . مغنى المحتاج جـ٢ ص ٣٥٠ .
وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى جـ٢ ص ٣٦٧ . كشاف القناع جـ٤ ص ١٤ .
وقد ذكر فى المغنى جـ٥ ص ٣٥٣ عن القاضى قولا انه يشترط التساوى فى الطول والقصر والمعرفة بالركوب .
وبه يقول المالكية كما فى القوانين ص ٣٠٣ . ارشاد السالك جـ٢ ص ٣٢٣ .
وقد ذكر فى الشرح الكبير ان هلاك ما تستوفى به المنفعة لا يفسخ العقد فى الأصح كراكب يهلك قبل تمام المدة فلوارثه استيفاؤها عنه . فدل ذلك على أن المنفعة عندهم يجوز للمستأجر استيفاؤها بنفسه وبغيره أيضا .
أنظره جـ٤ ص ٢٩ . والجواهر جـ٢ ص ١٩٢ . شرح المنح جـ٣ ص ٧٩٢ .
الا أن يقال انه لما تعذر استيفاء المنفعة بالموت قام غيره باستيفائها عنه ولولا ذلك لم يجز .

وقال أبو حنيفة : لا يجوز.[٢]

لنا : انه منفعة ، يجوز له أن يستوفيها بنفسه[٣] فجاز له أن يستوفيها بغيره ، كسكنى الدار.[٤]

قالوا : الناس متفاوتون فى الثقل والخفة ، وفى الابطاء والسرعة فى الركوب، ولهذا قال الشاعر:[٥]

---

(٢) أى فيما اذا عين فى العقد اللابس والراكب . والا جاز .
فاذا خالف فاركب أو البس غيره ولم تتلف الدابة أو الثوب ففى الاستحسان يجب له المسمى ، وفى القياس يجب اجرة المثل ، لأن العقد فاسد بسبب المخالفة .
وجه الاستحسان : ان المفسد وهو الجهالة التى تفضى الى المنازعة قد زال فيزول الفساد .
أنظر : الهداية جـ٨ ص ٢٦ . التبيين جـ٥ ص ١١٥ . مجمع الأنهر: جـ٣ ص ٣٧٧ .
ولم أقف على قول ابن حزم فى هذه المسألة .

(٣) فى نسخة ((ب)) : لنفسه . / ومافى الأصل هو الصواب ، وماهنا تحريف.

(٤) حيث يجوز له استيفاؤها بغيره ، باجارة أو اعارة أو نحو ذلك .
بجامع ان كلا منفعة يجوز له استيفاؤها بنفسه ، فى كل من الأصل وهو سكنى الدار ، والفرع وهو ركوب الدابة ولبس الثوب .
ولما كان حكم الاصل جواز الاستيفاء فيه بالغير ، كان حكم الفرع كذلك فيجوز له أن يركب أو يلبس غيره أيضا لذلك .

(٥) هو جرير ، كما فى لسان العرب جـ٩ ص ٢٥٧ ، الا أنه قال بدل : اعجازها . قال : اكتافها .

لم يركبوا الخيل الا بعد ماهرموا ∴ فهم ثقال على أعجازها عنف(٦)

فصار كما لو استأجر دابة ليحمل عليها القطن فحمل عليها الحديد(٧).

قلنا : الكلام في السير المعتاد ، ولا يختلف الناس في ذلك(٨)، ولان في ركوب المحمل(٩) لا يختلف الناس، وعندهم لا يجوز(١٠)، ويخالف الحديد فانه

---

(٦) قال ابن منظور : والعنيف : الذى لا يحسن الركوب ، وليس له رفق بركوب الخيل .

وقيل : الذى لا عهد له بركوب الخيل ، والجمع عنف . أهـ. على وزن كتب.

اللسان جـ٩ ص ٢٥٧ .

(٧) حيث لا يجوز له ذلك .

بجامع التفاوت في الثقل والخفة والسلامة والتضرر منه ، في كل من الأصل وهو مالو استأجر دابة لحمل قطن فحمل حديدا ، والفرع وهو مالو استأجر دابة للركوب ، فاركب غيره .

ولما كان حكم الاصل عدم الجواز فيه ، كان حكم الفرع كذلك ، فلا يجوز له اركاب الدابة المستأجرة غيره ولا الباس الثوب المستأجر غيره أيضا لذلك .

(٨) أى فبطلت دعوى التفاوت المذكور .

(٩) بوزن : مجلس ، ويصح بوزن : مقود ، بكسر فسكون وفتح الواو .

وهو الهودج . (أنظر المصباح جـ١ ص ١٦٤) .

والهودج : هو مركب النساء على الدابة ، وصفه في اللسان جـ٢ ص ٣٨٩ بأنه مقبب وغير مقبب ، يصنع من العصى ثم يجعل فوقه الخشب فيقبب . أنظر مادة هدج .

(١٠) أى أن يركب غيره وان كان على الدابة محمل أى هودج ، مع أن الناس لا يتفاوتون في ركوبه ، فبطل تعليلهم منع اركاب الغير على الدابة المستأجرة بالتفاوت بين الناس فيه .

يضـــر بالبهيمة ،(١١) فوزانه أن يركبها(١٢) رجلا ثقيلا ،(١٣) وهاهنا(١٤) لا يضـــر بهـــا.(١٥)

* مسألة (٢٣١) : اذا لم تكن الكنيسة(١) المحمولة معلومة ،لم تصـــح الاجارة(٢) ./١٧٠ش.

---

(١١) لان الحديد يجتمع فى موضع من ظهرها . كما فى الهداية جـ٨ ص ٢٦ . أى فربما ادى الى عطبها وهلاكها .

(١٢) فى نسخة ((ب)) : أن يركبه . / بالتذكير يراد به الحيوان ،وبالتأنيث يراد بهالدابة .

(١٣) أى اثقل من المستأجر ، حيث لا يجوز.

بجامع تحقق الضرر على الدابة المستأجرة ،فى كل من الاصل وهو مالـــو اركب رجلا اثقل منه على الدابة المستأجرة ، والفرع وهو مالو حمل علـــى الدابة المستأجرة لحمل القطن حديدا .

ولما كان حكم الاصل عدم الجواز فيه ، كان حكم الفرع كذلك فلا يجـــوز اركاب اثقل منه عليها أيضا لذلك .

(١٤) أى فى حال اركاب مثله على الدابة المستأجرة ،بدلا عنه .

(١٥) سقطت كلمة (بها) من الاصل .

أى وهذا فارق بين الاصل والفرع يبطل به قياسهم المذكور.

(١) هو مايشبه الهودج ،وذلك انهم يغرزون فى المحمل أو فى الرحـــل قضبان ، ثم يلقون عليها ثوبا ليستظل به الراكب من الشمس أو ليستتر بـه مــــن أعيـــن الناس ، والجمـــع فيهـــا على كنائــــس ، ككريمة وكرائم . أنظر المصباح جـ٢ ص ٢٠٤.

(٢) هذا ظاهر النص عن الامام ،وذهب الغزالى وابن الصباغ الى صحتـــه ويرجع فيه الى العرف .

فتح العزيز جـ١٢ ص ٣٦٤ . مغنى المحتاج جـ٢ ص ٣٤٢ . نهاية المحتاج جـ٥ ص ٢٨٥.

وهوقول الحنابلة : كشاف القناع جـ٣ ص ٥٤٢ : ويشترط أيضا معرفة توابعه أى الراكب العرفية ،كزاد وأثاث من الأغطية والأوطية والمعاليـــق أ هـ =

وقال أبو حنيفة : يصح استحسانا.(٣)

لنا : هو انه محمول يختلف بالثقل والخفة ، فوجب العلم به ، كسائر المحمولات.(٤)

= وفى شرح المنتهى جـ٢ ص ٣٥٢ : و - اى يشترط - معرفة ما يركب به من سرج وغيره - كالكنيسة - لاختلاف ضرر المركوب باختلاف ذلك . أهـ
وأنظر المغنى جـ٥ ص ٣٧٩ أيضا .

وبه يقول المالكية لانهم اشترطوا معرفة المحمول على الدابة قال فى الجواهر جـ٢ ص ١٩٤ : أو أكترى دابة ليحمل عليها ما ، أى المتاع الذى شاء المكترى حمله عليها ، فلا يجوز ، للغرر والجهالة ، لأن المحمولات تختلف بالثقل والخفة واليبوسة والليونة . أهـ

قلت : ويدخل فيه الكنيسة هنا ، والله أعلم .
وأنظر : الشرح الكبير جـ٤ ص ٤٠ وحاشية الدسوقى عليه . شرح المنح : جـ٣ ص ٨٠٨ .

(٣) وفى القياس : لا يجوز لافضائه الى المنازعة ،
ووجه الاستحسان : انه يحمل على المتعارف فلا يؤدى الى المنازعة .
أنظر : الهداية جـ٨ ص ٩٠ . التبيين جـ٥ ص ١٤٧ . مجمع الأنهر : جـ٢ ص ٤٠٣ .
ولم أقف على قول ابن حزم فى هذه المسألة .

(٤) حيث يجب العلم بها ، والا بطل عقد الاجارة فيها .
بجامع الاختلاف فى الثقل والخفة ، فى كل من الاصل وهو سائر المحمولات ، والفرع وهو الكنيسة المحمولة .
ولما كان حكم الاصل هو بطلان الاجارة بالجهل ، كان حكم الفرع كذلك فتبطل الاجارة بالجهل بالكنيسة المحمولة أيضا لذلك .

قالوا : غير مقصود (٥) فلم يؤثر الجهل به، (٦) كأساس الدار والمعاليق. (٧)

قلنا : الأساس لا يمكن مشاهدتها، (٨) والمعاليق فيها وجهان (٩) .

---

(٥) أى بل هو تبع للراكب .

(٦) لانه يحمل على المتعارف بين الناس .

(٧) المعاليق : جمع معلوق ، بضم فسكون فلام مضمومة ، ويسمى معلاق أيضا ، وهى ما يعلق على الدابة من سفرة واداوة وقدر وقصعة ونحو ذلك ،
أنظر المصباح جـ٢ ص ٧٦ . المختار ص ٤٥٠ .
وهذه يختلف الناس فيها فربما قلت ، وربما كثرت ، الا أنها تحمل على العرف .
أى فلا يؤثر الجهل بها وكذا لا يؤثر الجهل بأساس الدار فى بيعه أو اجارته .
بجامع ان كلا غير مقصود فى العقد ، اما الاصل فأساس الجدران والمعاليق واما الفرع فالكنيسة المحمولة .
ولما كان حكم الاصل صحة الاجارة مع الجهل به ، كان حكم الفرع كذلك فتصح الاجارة مع الجهل بالكنيسة المحمولة أيضا لذلك .

(٨) لان ذلك يقتضى حفر الأرض من حولها ، وذلك قد يوهنها ، ولما فى ذلك من مشقة ، فعفى عن مشاهدتها عند البيع.

(٩) أصحهما المنع ، أنظر فتح العزيز جـ١٢ ص ٣٦٤ والتى تليها . وقيل : بل حكمها المنع فى المذهب ، قولا واحدا . أنظره ص ٣٦٥ .

وان سلم[10] فلأن ذلك[11] يقل فيه التفاوت ، فعفى عنه ، وهذا[12] يكثر فيه التفاوت ، فلم يعف عنه[13] .

* مسألة (٢٣٢) : اذا اكترى دابة الى الكوفة وسلمها اليه[1] وحبسها[2] مدة يمكن فيها السير ، استقرت الاجرة[3] ./ ١٧٠ش .

---

(١٠) أى على القول بصحة العقد دون تحديد المعاليق .

(١١) فى نسخة ((ب)) : فان ذلك ./ أى مقدار المعاليق كما ووزنا وحجما .

(١٢) أى الكنيسة المحمولة .

(١٣) أى فبطل به قياسهم المذكور ، لثبوت الفارق بين الأصل والفرع فيه .

(١) فى نسخة ((ب)) : وسلمها اليها ./ أى سلمها المؤجر الى المستأجر .

(٢) أى المستأجر .

(٣) المختصر ص ١٢٨ . الوجيز جـ١ ص ٢٣٧ و ص ٢٣٩ . المنهاج ص ٧٨ .
وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى جـ٢ ص ٣٨١ . كشاف القناع جـ٤ ص ٤٠ .
المغنى جـ٥ ص ٣٣٠ .
وبه يقول المالكية لقول خليل فى المختصر : ولزم الكراء بالتمكن . أهـ
أنظر : الشرح الكبير جـ٤ ص ٥٠ . الجواهر جـ٢ ص ١٩٧ . شرح المنح جـ٣ ص ٨٢٣ .
ومحله مالم يمنعه من الاستيفاء عارض .

وقال أبو حنيفة : لا تستقر.(٤)

لنا : هو أنه قبض العين ، وتمكن من استيفاء المنفعة ، فاستقرت عليه الاجرة ، كما لو قبض الدار أو(٥) العبد المستأجر وامسكه حتى مضت المدة.(٦)

قالوا : لم يوجد التسليم في جميع محل العقد،(٧) فأشبه اذا استأجره مدة ، فسلم في غيرها.(٨)

---

(٤) أنظر: نتائج الافكار وهو تكملة شرح فتح القدير جـ٨ ص ١٦ . والكفاية جـ٨ ص ١٥ ، حاشية الشلبي جـ٥ ص ١٠٧ ، الاشباه لابن نجيم ص٢٦٧.
ولم أقف على قول ابن حزم في هذه المسألة .

(٥) سقطت همزة (أو) من نسخة ((ب)) .

(٦) حيث تجب الاجرة في جميع ذلك على المستأجر .
بجامع قبض العين مع التمكن من الانتفاع بها في كل من الأصل وهو مالو قبض الدار أو العبد المستأجر وامسكه حتى مضت المدة ، والفرع وهو مالو قبض الدابة وامسكها حتى انقضت المدة .
ولما كان حكم الاصل استقرار الاجرة عليه فيه ، كان حكم الفرع كذلك فتستقر عليه اجرة الدابة أيضا لذلك .

(٧) وهو اثناء السفر .

(٨) حيث لا يلزمه الاجر اذن . لانه غير محل العقد .
بجامع عدم التسليم في جميع محل العقد في كل من الاصل وهو مالو استأجره مدة فسلم في غيرها ، والفرع وهو مالو استأجر دابة فسلمها اليه وحبسها المستأجر حتى مضى مدة يمكنه السير فيها .
ولما كان حكم الاصل عدم لزوم الاجر فيه ، كان حكم الفرع كذلك ، فلا يلزمه الاجر فيه أيضا لذلك .

قلنا : لان هناك(٩) لم يتمكن(١٠) من استيفاء المعقود عليه،(١١) وهاهنا(١٢) تمكن ، وانما ترك باختياره فهو كما لو سيرها فى الطريق ولم يركبها(١٣) .

قالوا : الاجارة على العمل ، فلا تستقر الاجرة فيها بالتسليم فى المدة،(١٤) كالاجارة على الخياطة.(١٥)

---

(٩) أى فيما لو استأجره مدة فسلم فى غيرها .

(١٠) فى الأصل : لا يتمكن . / وما أثبتناه من نسخة((ب)) أولى .

(١١) أى فى الوقت المعقود عليه .

(١٢) أى فى حبس الدابة بعد تسليمها اليه .

(١٣) فى نسخة((ب)) : ولم يركب . / حيث يلزمه الاجر فيه .

بجامع التمكن من الانتفاع بها ، فى كل من الاصل وهو مالو استأجر دابة للركوب ، فسيرها ولم يركب ، والفرع وهو مالو استأجر للسفر فحبسها مدة يمكنه السير فيها .

ولما كان حكم الاصل ثبوت الاجر فيه ، كان حكم الفرع كذلك فيستقر عليه الاجر فيه أيضا لذلك .

(١٤) أى مالم يعمل .

(١٥) حيث لا تلزمه اجرة الخياط وان مضت المدة مالم يخط له الثوب .

بجامع وقوع الاجارة على العمل فى كل من الاصل وهو الاجارة على الخياطة والفرع وهو استئجار الدابة للسفر.

ولما كان حكم الاصل عدم لزوم الاجر له مالم يعمل ، كان حكم الفرع كذلك فلا يلزم مستأجر الدابة للسفر مالم يسافر أيضا لذلك .

قلنا : لو كان كالخياطة لم يستقر الا بالركوب.(١٦)

* مسألة (٢٣٣) : اذا اجر عبدا فاعتقه (١) لم يثبت له الخيار(٢)، وان اجر الولي(٣) الصبي ثم بلغ لم يثبت له الخيار في أحد الوجهين(٤). / ١٧١ ي.

---

(١٦) أي والحال انه يستقر وان لم يركب الدابة في السفر.
أي فبطل ما جعلتموه علة في قياسكم المذكور، لوجودها في الخياطة، وتخلف الحكم المذكور في الدابة التي لم تركب، عنها. فهي علة قاصرة لعدم دوران الحكم معها وجودا وعدما.

(١) في نسخة ((ب)) : ثم اعتقه.

(٢) سقطت كلمة (له) من نسخة ((ب)). / أي العبد.

(٣) في نسخة ((ب)) : وان اجر الموصي الصبي. / لعلها الوصي الصبي.

(٤) أصحهما أنه لا يثبت له.
أنظر : المنهاج ص ٧٨. الوجيز جـ١ ص ٢٣٩.
وبعدم ثبوت الفسخ له يقول الحنابلة أيضا :
أنظر : شرح المنتهى جـ٢ ص ٣٦٣. كشاف القناع جـ٤ ص ٣٣. وذكر في المغني جـ٥ ص ٣٤٩
ان في العبد تبطل بعتقه الاجارة، واما في الصبي فذكر في ص ٣٤٨ منه قولين : أحدهما : انه لا تنفسخ الاجارة ببلوغة، الثاني : التفريق. بين ما اذا اجره مدة يغلب بلوغه فيها فتبطل، وبين ان لا، فلا تبطل، كما لو كان ابن اربعة عشر عاما ويؤجره لسنتين فتبطل في السادس عشر لحصول اليقين بأنه اجر بعد بلوغه، وفي صحتها في الخامس عشر وجهان بناء على تفريق الصفقة.
واما اذا لم يتحقق كما لو اجره سنة وهو ابن خمس عشرة سنة، فبلغ في اثنائها ففيه قولان في المذهب. أحدهما لا تنفسخ، والثاني تنفسخ =

وقال أبو حنيفة : (٥) لهما الخيار . (٦)

لنا : هو انه عقد لازم ، فلم يملك فسخه بملك التصرف ، (٧) دليله اذا زوج ولده واجر داره ثم بلغ . (٨)

= فيما بقي من المدة .

ولا تنفسخ اجارة العبد بالعتق عند المالكية أيضا ، وفي الصبي تفصيل:

فان بقي من المدة شيء يسير كشهر لزمه اتمامها والا انفسخت .

ومحله: اذا ظن عدم بلوغه اثناءها - والا انفسخت حال بلوغه ، ان شاء الصبي ذلك .

واما اذا عقد الاجارة على سلع الصغير فلا تنفسخ ببلوغه .

أنظر: الشرح الكبير جـ٤ ص٣٢ و ص٣٤ . الجواهر جـ٢ ص١٩٢ وص١٩٣ .

شرح المنح جـ٣ ص٧٩٦ و ص٧٩٩ .

وبفسخ العقد بعتق العبد المستأجر يقول ابن حزم أيضا ،

أنظر المحلى جـ٩ ص٥ .

(٥) زاد في نسخة ((ب)) : يثبت لهما الخيار .

(٦) لان السيد والولي عقد الاجارة لغيرهما ، فلا تنفسخ بعتق العبد ولا ببلوغ الصبي .

أنظر الهداية جـ٨ ص٤٨ . التبيين جـ٥ ص١٤٥ . مجمع الأنهر: جـ٢ ص٤٠١ .

(٧) بالبلوغ في الصبي والعتق في العبد .

(٨) حيث لا ينفسخ العقد في ذلك ببلوغ الصبي .

بجامع ان كلا عقد لازم ، في كل من الاصل وهو مالو زوج ولده واجر داره ثم بلغ ، والفرع وهو مالو اجر عبده ثم اعتقه ، أو اجر الوصي الصبي ثم بلغ . ولما كان حكم الاصل هو عدم انفساخ العقد به ، كان حكم الفرع كذلك فلا ينفسخ العقد به أيضا لذلك .

قالوا : عقد على منافعه فى حال لا يملك[٩] التصرف[١٠]، فاذا ملك التصرف ثبت له الخيار ،كالامة اذا زوجت من عبد ،ثم اعتقت.[١١]

قلنا : لان هناك[١٢] عليها ضرر فى المقام على نكاح العبد[١٣]، ولا ضرر هاهنا[١٤] فلم يملك الفسخ.[١٥]

* مسألة (٢٣٤) : يجوز بيع المستأجر[١] فى أحد القولين[٢] ./ ١٧١ى.

---

(٩) فى الأصل : لا يملكه ./ بضم الأول وتشديد اللام المكسورة والفاعل هو (حال).

(١٠) أى فى حال لا يملك العبد والصبي التصرف بنفسه.

(١١) حيث تملك به فسخ العقد ان شاءت.
بجامع العقد على المنافع فى حال لا يملك فيه المعقود له التصرف، فى كل من الأصل وهو مالو زوجت الأمة من عبد ثم اعتقت ،والفرع وهو مالو اجر العبد ثم أعتقه أو اجر الولى الصبي ثم بلغ.
ولما كان حكم الاصل فيه ثبوت الخيار لها به ، كان حكم الفرع كذلك فيثبت لهما الخيار به أيضا لذلك.

(١٢) أى فى حال ما اذا تزوجت الامة عبدا ثم أعتقت.

(١٣) لانعدام الكفاءة بينهما حينئذ.

(١٤) أى فى حال عتق العبد أو بلوغ الصبي المؤجرين. لأن الولى يتصرف بما فيه مصلحة الصبي ، والسيد يتصرف فى العبد بسبب ملكه اياه.

(١٥) وهذا فارق بين الاصل والفرع يبطل به قياسهم المذكور.

(١) أى العين المستأجرة ،كالدابة والدار والعبد ونحو ذلك. فهو من اضافة المصدر الى مفعوله.

(٢) أى ولا تنفسخ به الاجارة ، وهو اصحهما ـ سواء للمستأجر أو غيره فى الأظهر.
أنظر : الوجيز جـ١ ص ٢٢٩. المنهاج : ص ٧٨.

=

وقال أبو حنيفة : لا يجوز.(٣)

لنا : هو انه عقد يقصد به المنفعة ،فلم يمنع البيع،كالنكاح في الأمة(٤).

= وبجواز بيعها للمستأجر وغيره يقول الحنابلة أيضا .
أنظر: شرح المنتهى جـ٢ ص ٣٧٥ . كشاف القناع جـ٤ ص ٣٣ . وذكر في المغني جـ٥ ص ٣٥٠ في بطلان الاجارة ببيعها للمستأجر وجهين في المذهب : أحدهما : لا تبطل ، والثاني : تبطل فيما بقي من المدة .
وبجواز بيعها وعدم انفساخ الاجارة به يقول المالكية أيضا.
أنظر: القوانين ص ٣٠٥.
وبجواز بيعها يقول ابن حزم الا أنه يفسخ العقد فيما بقي من المدة.
أنظر المحلى جـ٩ ص ٥.

(٣) أي ويوقف البيع الى انقضاء مدة الاجارة . في أصح الروايات .
أنظر : مجمع الانهر جـ٢ ص ٤٠٠ و ص ٤٠١ وكذا الدر المنتقى أيضا .

(٤) سقط قوله (في الأمة) من الأصل . والأولى اثباته كما في نسخة ((ب)) .
لأن الحرة لا تباع بخلافه في الأمة حيث لا يمنع نكاحها من بيعها ، بجامع ان كلا عقد يقصد به المنفعة ، اما الاصل فالنكاح في الأمة ، وأما الفرع فالبيع في العين المؤجرة .
ولما كان حكم الاصل عدم منع انكاح الامة من صحة بيعها ، كان حكم الفرع كذلك ، فلا تمنع اجارة العين من بيعها أيضا لذلك .

ولأنه بيع يصح في غير المستأجر[٥] فصح في المستأجر ،كالبيع في دين حبس عليه .[٦]

فان قيل : لأن حق الغريم[٧] آكد[٨] ، لان حقه[٩] في العين ، وحق المستأجر في المنفعة ،فقدم[١٠] ، كحق المجني عليه ، يقدم على حق المرتهن .[١١]

قيل : وحق المالك أيضا في العين ، فيجب أن يقدم على حق المستأجر .

---

(٥) في نسخة((ب)) : في عين ./ وهو خطأ. لأن بيع العين هو محل الخلاف في المسألة .

(٦) حيث يصح بيع ممتلكات المدين في غير الدين الذي حبس عليه أيضا .

(٧) وهو الدائن الذي حبس المدين في دينه .

(٨) أي من حق الدائن الذي لم يحبس الغريم في دينه ،أي فلا يقاس عليه للفارق بينهما .

(٩) أي حق الغريم في الدين .

(١٠) أي حق الغريم على حق المالك هناك ،أي في الأصل المقيس عليه في القياس المذكور.

(١١) لتعلق حق المجني عليه في عين الجاني ، وحق المرتهن في ذمة الراهن ، وما تعلق بالعين أقوى مما تعلق بالذمة ، فيقدم عليه .

بجامع آكدية الحق في كل من الاصل وهو حق المجني عليه، والفرع وهو حق المستأجر .

ولما كان حكم الاصل تقديم حق المجني عليه على حق المرتهن ، كان حكم الفرع كذلك فيقدم حق المستأجر أيضا لذلك .

قالوا : يد المستأجر تمنع التسليم،(١٢) فمنع البيع(١٣) ، كيد المرتهن ويد الغاصب .(١٤)

قلنا :(١٥) الرهن والغصب فى محل البيع(١٦) فمنعا منه ، والاجارة فى غير محل البيع(١٧) فلم يمنع منه كالنكاح ،(١٨) ولأن الغصب والرهن

---

(١٢) أى فى حال بيع العين المؤجرة .

(١٣) بالبناء للمجهول ، أى فمنع البيع بسببها .

(١٤) حيث تمنع بيع المرهون والمغصوب من غير الراهن والغاصب.
بجامع العجز عن تسليم المبيع فى كل من الاصل وهو يد المرتهن ويد الغاصب ، والفرع وهو يد المستأجر .
ولما كان حكم الاصل عدم صحة البيع فيه ، كان حكم الفرع كذلك فلا يصح بيع العين المستأجرة أيضا لذلك .

(١٥) من قوله (قلنا) الى قوله (الغصب والرهن .. الخ) ساقط من نسخة ((ب)) .

(١٦) وهو العين . أى انه واقع عليها .

(١٧) لانها واقعة على المنفعة .

(١٨) حيث لا يمنع نكاح الامة من بيعها .
بجامع ان كلا عقد على غير المحل ، فى كل من الاصل وهو النكاح ، والفرع وهو الاجارة .
ولما كان حكم الاصل هو جواز بيع الامة المزوجة ، كان حكم الفرع كذلك فيجوز بيع العين المؤجرة أيضا لذلك .
أى ان هناك فارقا بين الاصل والفرع فى قياسهم ، فيبطل به .

يمنع البيـــع (١٩) فى الدين الذى حبس فيه ، والاجارة (٢٠) لا تمنع.

* مسألة (٢٣٥) : اذا استأجر شيئا (١) اجارة فاسدة وتلفت المنافـــع تحت يده وجب عليه الاجرة ، وان لم ينتفع . (٢) / ١٧١ ى .

وقال أبو حنيفة : لا يجب . (٣)

---

(١٩) أى بيع المغصوب والمرهون ، لعدم القدرة على التسليم فيهما .

(٢٠) لامكان تسليم المبيع ، وذلك بعد انتهاء مدة الاجارة .

أى وهذا فارق آخر يبطل به قياسهم المذكور أيضا .

(١) فى نسخة ((ب)) : بيتا .

(٢) سواء ترك الانتفاع لعذر أو لا ، وسواء كانت الاجرة أقل من اجـــرة المثل أو أكثر .

مغنى المحتاج جـ٢ ص ٣٥٨ . شرح المحلى جـ٣ ص ٨٦ . نهاية المحتاج جـ٥ ص ٣٢٣ .

وأوجب الحنابلة عليه فيها اجرة المثل وان لم ينتفع .

أنظر : شرح المنتهى جـ٢ ص ٣٨١ . كشاف القناع جـ٤ ص ٤٩ . المقنع ص ١٤١ .

وبه يقول ابن حزم : المحلى جـ٩ ص ١٨ .

(٣) أى مالم يستوف المنافع ، بخلاف الاجارة الصحيحة حيث تجب الاجـــرة بالتمكن وان لم يستوف .

أنظر : نتائج الافكار تكملة فتح القدير جـ٨ ص ١٥ . الكفاية أيضا فى نفـــس الصفحة .

حاشية الشلبي جـ٥ ص ١٠٧ . المبسوط جـ١٦ ص ٤٦ .

وهو قول المالكية : القوانين ص ٣٠٥ : اذا وقع الكراء والاجارة على وجـــه فاسد فسخ فان كان المنفعة قد استوفيت رجع الى كراء المثل أو اجـــرة المثل . أهـ أى مالم تستوف فلا أجر . وأنظر اسهل المدارك جـ٢ ص ٣٣٩ .

لنا : هو انه عقد يتقسط العوض فيه على المعوض ، فضمن المعقود عليه من غير اتلاف ، كالبيع .(٤)

قالوا : عقد يقصد به المنفعة . فلا يجب البدل في فاسده من غير اتلاف ، كالنكاح .(٥)

قلنا : منفعة البضع لم تجعل كالمال ، الا ترى انه(٦) لا يملك بالوصية(٧) ولا يستباح بالاباحة ،(٨) ومنفعة المال كالمال ،(٩) فضمن كالمال ،(١٠) ولأن الاستمتاع(١١)

---

(٤) حيث يستقر الثمن على المشترى اذا تلف المبيع في يده في مدة الخيار ويسقط خياره .
بجامع ان كلا عقد يتقسط العوض فيه على المعوض ، اما الاصل فالبيع ، واما الفرع فالاجارة .
ولما كان حكم الاصل ضمان المبيع فيه بالاتلاف وان لم ينتفع به المشترى ، كان حكم الفرع كذلك ، فيضمن المستأجر الاجرة وان لم ينتفع بالعين أيضا لذلك .

(٥) حيث لا يجب فيه المهر بدون الدخول الذى يحصل به تلف البكارة .
بجامع ان كلا عقد يقصد به المنفعة ، ما الاصل فالنكاح ، وأما الفرع فالاجارة .
ولما كان حكم الاصل عدم لزوم المهر فيه بدون الدخول ، كان حكم الفرع كذلك فلا يلزم المستأجر الاجرة مالم ينتفع أيضا لذلك .

(٦) أى البضع ، والمقصود منفعته .

(٧) لانه ليس ملكا للموصى . اذ الحر ليس محلا للملك ، وكذا بعضه .

(٨) أى وانما يستباح بالعقد المستوفى لشروطه .

(٩) حيث يجوز الوصية بها ، وتستباح باباحة المالك الانتفاع بها للغير .

(١٠) أى فكان قياسكم منفعة المال على منفعة البضع بالنكاح ، قياسا مع الفارق ، والقياس مع الفارق باطل .

(١١) أى في البضع .

لا يتقدر بالزمان [١٢] فلم يتحقق الاتلاف فيه بمضى الزمان ، ومنفعة المال تتقدر بالزمان فتلفت بمضى الزمان. [١٣]

* مسألة (٢٣٦) : تجب اجرة المثل فى الاجارة الفاسدة [١] . / ١٧١ ى .

وقال أبو حنيفة : يجب الاقل من المسمى أو اجرة المثل [٢] .

---

(١٢) لان الاصل فيه التأبيد .

(١٣) أى وهذا فارق آخر يبطل به قياسهم المذكور أيضا .

(١) قال فى شرح المحلى جـ٣ ص ٨٦ : سواء انتفع أم لم ينتفع وسواء كانت اجرة المثل أقل من المسمى أم أكثر. أهـ.

وأنظر: فتح العزيز جـ١٢ ص٢١٢ والتى تليها . المنهاج ص٧٨ .

وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى جـ٢ ص ٣٨١ . كشاف القناع جـ٤ ص٤٩ .

واليه ذهب المالكية : القوانين ص ٣٠٥ . اسهل المدارك جـ٢ ص٣٣٩ .

الشرح الكبير جـ٤ ص ٧٠ .

وبه يقول ابن حزم : المحلى جـ٩ ص ١٨ .

(٢) ومحله:اذا كان فساد الاجارة بفساد شرط فيها ، لابجهالة المسمى أو بعدم تسمية الاجر ، فانه يجب فيها حينئذ الأجر بالغا مابلغ . وخالفهم زفر .

أنظر: الهداية جـ٨ ص ٣٤ . ونتائج الافكار عليه ص ٣٤ والتى تليها .

وأنظر الكفاية أيضا ص ٣٥ . التبيين جـ٥ ص ١٢١ . مجمع الأنهر: جـ٢ ص ٣٨١ .

لنا : هو أن ماضمن بالمسمى فى الصحيح [٣] ضمن بالمثل فى الفاسد [٤] بالغا مابلغ ، كالمبيع . [٥]

قالوا : المنافع لا قيمة لها الا بالعقد ، [٦] ومازاد [٧] لم يتناوله العقد . [٨]

قلنا : لا نسلم ، بل لها قيمة فى نفسها ، [٩] كالاعيان . [١٠]

---

(٣) زاد فى نسخة ((ب)) : فى العقد الصحيح .

(٤) سقطت كلمة (فى الفاسد) من الاصل ، والصواب اثباتها لانه محل الخلاف .

(٥) حيث يضمن بمثل ثمنه بالغا مابلغ اذا تلف في يد المشترى فى مدة الخيار . بجامع وجوب الضمان بالمسمى فى الصحيح ، فى كل من الاصل وهو المبيع ، والفرع وهو الاجارة .

ولما كان حكم الاصل هو ضمان المبيع فى البيع الفاسد بمثل ثمنه بالغا مابلغ ، كان حكم الفرع كذلك فيجب فى الاجارة الفاسدة اجر المثل بالغا مابلغ أيضا لذلك .

(٦) لانها بهتصبح مباحة للعاقد ، وبدونه تكون مغصوبة .

(٧) أى على المسمى فى العقد أو على اجرة المثل .

(٨) أى فلا يجوز أخذه ، لانه يأخذه حينئذ من غير مقابل .

(٩) فى نسخةو ((ب)) : فى أنفسها . / أى فيجب فيها اجرة المثل لذلك .

(١٠) حيث يجب فيها ثمن المثل عند الاتلاف من غير عقد .

بجامع ان لكل قيمة فى نفسه . فى كل من الاصل وهو الاعيان والفرع وهو المنافع فى الاجارة .

ولما كان حكم الاصل وجوب ثمن المثل باتلافه ، كان حكم الفرع كذلك فيجب أجر المثل فى الاجارة الفاسدة أيضا لذلك .

* مسألة (٢٣٧) : اذا أمر المكرى المكترى [١] بعمارة الدار ثم اختلفا [٢] ،
فالقول قول المكترى [٣] . / ١٧١ ى .

وقال أبو حنيفة : القول قول المكرى . [٤]

لنا : انه ائتمنه على ذلك [٥] ، فقبل قوله عليه [٦] كالمودع اذا ادعى الرد [٧] .

---

(١) الفرق بين الكراء والاجارة أن الكراء : بيع منفعة ما امكن نقله من حيوان لا يعقل ، كما قال ابن عرفة ، واما الاجارة : فهى بيع منفعة العاقل .
وهذه التفرقة للفقهاء ، الا انهم لا يلتزمون العمل بها ، فكثيرا ما يطلقون أحدهما على الآخر . أنظر الفواكه الدوانى جـ٢ ص ١٦٢ .

(٢) أى فى قدر ما انفقه على عمارة الدار .

(٣) ومحله : اذا ادعى نفقة مثله فى العادة .
ومحله أيضا : مالم تكن بينة لاحدهما على الآخر .
أنظر : مغنى المحتاج جـ٢ ص ٣٣٤ . نهاية المحتاج جـ٥ ص ٢٦٥ . شرح المحلى جـ٣ ص ٨٥ ، وذكر فى فتح العزيز جـ١٢ ص ٢٠١ فى هذه المسألة قولين ولم يرجح احدهما على الآخر .

(٤) المبسوط جـ١٥ ص ١٤٤ .
وذهب الحنابلة الى أن القول قوله بيمينه .
أنظر : شرح المنتهى جـ٢ ص ٣٧٠ . كشاف القناع جـ٤ ص ٢٢ .
وهو قوله بيمينه عند المالكية أيضا .
أنظر : القوانين ص ٣٠٥ . وأنظر اسهل المدارك جـ٢ ص ٣٣٨ .

(٥) أى على نفقة الاعمار .

(٦) زاد فى نسخة ((ب)) : فقبل قوله عليه فى ذلك .

(٧) حيث يكون القول قوله فى رد الوديعة .
بجامع الائتمان على الدعوى ، فى كل من الأصل وهو المودع - باسم المفعول - والفرع وهو المستأجر .
ولما كان حكم الاصل ان القول قول المودع فى رد الوديعة ، كان حكم الفرع كذلك ، فيكون القول قول المكترى فى الانفاق على العمارة أيضا لذلك .

قالوا : يدعى ايجاب حق على المكرى أو البراءة من بعض ما عليه من الاجرة فلم يقبل كغير المكترى.(٨)

قلنا : لأن هناك(٩) لم يأتمنه(١٠)، فلم يقبل قوله(١١) كالغاصب اذا ادعى الرد(١٢)،

---

(٨) فى نسخة ((ب)) : كغير المكرى . / وهو خطأ فان مدعي ايجاب الحق هو المكترى لا المكرى .

أى فلا يقبل قول المكترى فى قدر ما انفق على العمارة .

بجامع ادعاء ايجاب حق على المكرى أو البراءة من بعض ما يجب عليه من الاجرة فى كل من الاصل وهو ما لو كان المدعى هو غير المكترى والفرع وهو ما لو كان هو المكترى.

ولما كان حكم الاصل عدم اعتبار دعوى غير المكترى ، كان حكم الفرع كذلك فلا يعتبر قول المكترى أيضا لذلك .

(٩) أى فيما لو ادعى ذلك غير المكترى .

(١٠) أى المكرى .

(١١) أى غير المكترى .

(١٢) أى رد المغصوب ، أى وانكر المغصوب منه ، فالقول قول المغصوب منه .

بجامع عدم الائتمان عليه فى كل من الاصل وهو دعوى الغاصب الرد ، والفرع وهو دعوى غير المكترى الانفاق على العمارة المؤجرة .

ولما كان حكم الاصل عدم اعتبار دعواه ، كان حكم الفرع كذلك فلا تعتبر دعوى غير المكترى الانفاق على العمارة المؤجرة أيضا لذلك .

وهذا (١٣) ائتمنه (١٤) فهو كالمودع. (١٥)

* مسألة (٢٣٨) : المساقاة (١) جائزة. (٢) /١٧١ش.

---

(١٣) أي المكتري.

(١٤) أي المكري.

(١٥) حيث يقبل قوله في رد الوديعة.
بجامع الائتمان في كل من الاصل وهو المودع والفرع وهو المكتري.
ولما كان حكم الاصل اعتبار دعواه، كان حكم الفرع كذلك فيعتبر قوله أيضا لذلك.
والمقصود: ان بين الاصل والفرع فارقا يبطل به قياسهم المذكور.

(١) في نسخة ((ب)) : باب المساقاة. بسم الله الرحمن الرحيم.
وهي مأخوذة من السقي، بفتح فسكون، وحقيقتها: ان يعامل غيره على نخل أو شجر عنب، ليتعهده بالسقي والتربية، على أن الثمرة لهما.
وأركانها خمسة: عاقدان ومورد العمل، والثمار، والعمل، والصيغة.
ذكرها في المنهاج ص٧٥ بقوله: تصح من جائز التصرف ولصبي ومجنون بالولاية ومورد ها النخل والعنب، وجوزها في القديم في سائر الاشجار المثمرة. أهـ.
وتسمى أيضا بالمعاملة بلغة أهل المدينة، وهي مشروعة بالسنة والاجماع والمعقول.
أما السنة: فقد روى البخاري جـ٢ ص٦٤ باب ما جاء في الحرث والمزارعة، باب المزارعة بالشطر ونحوه عن نافع ان عبد الله بن عمر رضي الله عنهما أخبره أن النبي صلى الله عليه وسلم عامل خيبر بشطر ما يخرج منها من ثمر أو زرع. الحديث.
وقد ذكر ابن حزم الاجماع على مشروعيتها في المراتب ص٦٠. وأنظر رحمة الأمة ص١٧٦.
وأما المعقول: فان الحاجة داعية اليها، فان مالك الاشجار قد لا يحسن تعهدها أو لا يجد الوقت لذلك، والذي يحسن السقي قد لا يملك الاشجار، فاحتاج بعضهم الى بعض، وأيضا فانه لو استأجر من يسقي له الشجر فقد لا يتحصل منها على ثمر، مع وجوب الاجرة عليه في الحال، وأيضا فقد يتهاون الأجير في ذلك.
أنظر مجمل ما ذكرناه في مغني المحتاج جـ٢ ص٣٢٢.
وقد دفع في المغني جـ٥ ص٢٩٠ محاولة انكار الاجماع على جوازها في الجملة، فضعف حديث رافع بن خديج في المنع منها، ولم يعتبر خلاف أبي حنيفة وزفر خارقا للاجماع قبلهما.

(٢) المختصر ص١٢٣. الأم جـ٤ ص١١. المنهاج ص٧٥.
وهو قول الحنابلة: شرح المنتهى جـ٢ ص٣٤٣، كشاف القناع جـ٣ ص٥٢٣.
المغني جـ٥ ص٢٩٠.
ولكنهم اجازوه في كل زرع وثمر، ولم يخصوه بالنخل والعنب، كما هو قديم قولي الشافعي. أنظر المغني جـ٥ ص٢٩١.

وقال أبو حنيفة : باطلة.(٣)

لنا : ماروى عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم ساقى يهود خيبر عن(٤) تلك الأموال على الشطر ،(٥) وروى ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم

= واجازها المالكية في جميع الاشجار والزروع ماعدا البقول ، من الأشجار والزروع ثابتة الاصول كالنخيل والكرم والتفاح والرمان ونحوه ، بشرط أن يتم العقد على مساقاتها قبل بدو صلاحها ، خلافا لسحنون والشافعي . وبشرط تحديد الاجل .
أنظر: القوانين ص ٣٠٦ . الجواهر ج٢ ص ١٧٨ . شرح المنح ج٣ص ٧٠٥ .
واجازها ابن حزم في كل الزروع مما يقوم على ساق ويطعم سنة بعد سنة .
أنظر المحلى ج٩ ص ٨٤ .

(٣) وفاقا لزفر ، وخالفهما الصاحبان فأجازاها في الشجر والكرم والرطاب وأصول الباذنجان .
أنظر الهداية ج٨ ص ٣٩٩ . التبيين ج٥ ص ٢٨٤ . مجمع الأنهر ج٢ص٥٠٤ .

(٤) في نسخة ((ب)) : على تلك الأموال .

(٥) رواه البيهقي ج٦ ص ١١٤ ، كتاب المساقاة ، باب المعاملة على النخل بشطر مايخرج منها .
فقال : أخبرنا أبو بكر أحمد بن محمد بن الحارث الفقيه ، انبأ علي بن عمر الحافظ ثنا ابن صاعد ثنا عبد الله بن سعد ، ثنا عمي ، ثنا أبي ، عن محمد بن اسحاق ، حدثني نافع عن ابن عمر عن أبيه عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم ساقى يهود خيبر على تلك الأموال على الشطر ، وسهامهم معلومة وشرط عليهم : انا اذا شئنا أخرجناكم . أهـ.
ولم يعلق عليه في الجوهر النقي بشيء .
وأنظر ترجمة عمر بن الخطاب في المسألة رقم (٤٠) هامش (٨) .

عامل أهل خيبر بشطر مايخرج من ثمر وزرع.(٦)

فان قيل : انما استرقهم واستخدمهم فيها،(٧) وجعل ماشرط طعمة لهم لاعوضا .

قيل : ذلك(٨) لا يسمى مساقاة ولا معاملة ، ولأن قوله على الشطر(٩)، يقتضى انه عوض،(١٠) وطعمة العبيد ليس بعوض،(١١) ولأنه روى انه بعث ابن رواحة(١٢)

---

(٦) رواه البخارى جـ٣ ص ٤٦ تحت عنوان : ماجاء فى الحرث والمزارعة ،باب المزارعة بالشطر ونحوه ،ولفظه : عامل أهل خيبر بشطر ما يخرج منها من تمر أو زرع . أهـ

ورواه مسلم بلفظه أيضا جـ٣ ص ١١٨٦ كتاب المساقاة ،باب المساقاة والمعاملة بجزء من الثمر والزرع . رقم / ١ .

ورواه أبو داود جـ٣ ص ٢٦٢ كتاب البيوع ،باب فى المساقاة . رقم/ ٣٤٠٨ .

ورواه الترمذى جـ٣ ص ٦٦٦ كتاب الأحكام ،باب ماذكر فى المزارعة .رقم/ ١٣٨٣ .

ورواه ابن ماجه جـ٢ ص ٨٢٤ كتاب الرهون ، باب معاملة النخيل والكرم رقم / ٢٤٦٧ .

وأنظر ترجمة ابن عمر فى المسألة رقم (٤) هامش (٣) .

(٧) أى والرقيق لا يقدر على عقد المساقاة بنفسه ،لأنه لا يملك ،بل هو محل للملك .

(٨) أى جعل مايأخذونه على السقى على وجه الشرط طعمة لا اجرة.

(٩) فى نسخة ((ب)) : على الشرط ./ وهو تحريف .

(١٠) لأن الطعمة لا تعطى على وجه الاشتراط ،للجهالة فيها .

(١١) أى وانما هى من النفقة الواجبة لهم على السيد .

(١٢) هو عبد الله بن رواحة بن ثعلبة بن امرئ القيس الانصارى الخزرجى ،الشاعر المشهور ،من السابقين الأولين من الأنصار ، كان أحد النقباء ليلة العقبة ، شهد بدراً وما بعدها ،الى أن استشهد فى غزوة مؤتة ،آخى النبي صلى الله عليه وسلم بينه وبين المقداد ، كان اذا أراد الخروج من منزله =

فخرص [(١٣)] عليهم وقال : ان شئتم فلكم وان شئتم فلى ، [(١٤)] والعبيد لا يملكون ، [(١٥)] ولأن عمر أجلاهم من خيبر ، [(١٦)] ولا يجوز اجلاء عبيد المسلمين . [(١٧)]

= صلى ركعتين وكذا اذا دخل ، لا يدع ذلك ، وبالجملة فقد كان عظيم القدر فى الجاهلية وفى الاسلام .

أنظر الاصابة جـ٢ ص ٣٠٦ رقم / ٤٦٧٦ .

(١٣) بفتح الأول والثانى ، من قولك : خرص فلان النخلة والكرمة ، يخرصها خرصا اذا حزر ما عليها من الرطب تمرا ومن العنب زبيبا .

فالخرص هو الظن . لأن الحزر بفتح فسكون تقدير بظن .

والاسم منه : الخرص ، بكسر الأول وسكون الثانى . وفاعل ذلك يسمى الخارص . أنظر النهاية جـ٢ ص ٢٢ .

(١٤) رواه البيهقى جـ٦ ص ١١٥ كتاب المساقاة ، بلفظ : فلما كان حين يصرم النخل ، بعث اليهم ابن رواحة ، فحرز النخل ، وهو الذى يدعوه أهل المدينة الخرص ، فقال : فى ذا كذا ، وكذا ، فقالوا - أى يهود خيبر - أكثرت يا ابن رواحة ، قال : فانا آخذ النخل ، واعطيكم نصف الذى قلت . قالوا : هذا الحق ، وبه قامت السماء والأرض ، رضينا أن نأخذه بالذى قلت . أهـ

(١٥) أى واذ قد خيرهم ابن رواحة بما خرصه عليهم ، دل ذلك على أنهم ليسوا رقيقا .

(١٦) رواه البخارى جـ٢ ص ٤٨ . تحت عنوان : ماجاء فى الحرث والزراعة - باب اذا قال رب الأرض اقرك ما اقرك الله ولم يذكر اجلا معلوما فهما على تراضيهما .

ورواه مسلم جـ٣ ص ١١٨٧ كتاب المساقاة . باب المساقاة والمعاملة بجزء من الثمر والزرع . رقم / ٦ .

والشاهد : ماسيذكره المصنف الان .

(١٧) لانهم أموالهم ، فلا يجوز تضييعها بغير حق .

فان قيل : انما اقرهم وشرط عليهم الشطر، جزية.(١٨)

قيل : لا يسمى ذلك(١٩) معاملة ولا مساقاة ، ولانه روى انه قسم على ستة(٢٠) وثلاثين ، فجعل نصفها للنوائب ونصفها(٢١) للغانمين.(٢٢)

فان قيل : هذه كانت(٢٣) معاملة جرت مع الكفار ، ولهذا لم يذكر الأجل ، وقال أقركم(٢٤) على ذلك ماشئنا ،(٢٥) ولا يجوز ذلك

---

(١٨) أى على سبيل الجزية ، يأخذها منهم . وليس على سبيل الاجرة والمعاملة لهم على ما يعملون فيها .

(١٩) أى أخذها على سبيل الجزية .

(٢٠) فى نسخة ((ب)) : انه قسم على خيبر ستة وثلاثين .

(٢١) فى نسخة ((ب)) : والنصف بين الغانمين .

(٢٢) رواه أبو داود جـ٣ ص ١٥٩ ، كتاب الخراج والامارة والفئ ، باب ما جاء فى حكم أرض خيبر رقم / ٣٠١٢ عن بشير بن يسار مولى الأنصار عن رجال من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم ان رسول الله صلى الله عليه وسلم لما ظهر على خيبر قسمها على ستة وثلاثين سهما ، جمع كل سهم مائة سهم ، فكان لرسول الله صلى الله عليه وسلم وللمسلمين النصف من ذلك ، وعزل النصف الباقى لما نزل به من الوفود والامور ونوائب الناس . أهـ . وسكت عنه أبو داود .
ولم يتعقبه المنذرى بشئ ، أنظر مختصر سنن أبى داود جـ٤ ص ٢٣٨ رقم / ٢٨٩٢ .

(٢٣) فى نسخة ((ب)) : هذه معاملة كانت جرت . . الخ .

(٢٤) فى نسخة ((ب)) : نقركم .

(٢٥) رواه البخارى جـ٢ ص ٤٨ باب اذا قال رب الأرض : اقرك ما اقرك الله ولم يذكر اجلا معلوما ، فهما على تراضيهما . عن ابن عمر .
ولفظه : وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم لما ظهر على خيبر أراد اخراج اليهود منها ، وكانت الارض حين ظهر عليها لله ولرسوله صلى الله عليه وسلم =

في المساقاة،(٢٦) ولانه ذكر(٢٧) شطر الزرع وان لم يجز ذلك.(٢٨)

قيل : الاجل قد شرط ولكن(٢٩) لم ينقل(٣٠) لانه لم(٣١) يقصد

= وللمسلمين ، وأراد اخراج اليهود منها ،فسألت اليهود رسول الله صلى الله عليه وسلم ليقرهم بها ان يكفوا عملها ولهم نصف الثمر ، فقال لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم : نقركم بها على ذلك ما شئنا ، فقروا بها حتى اجلاهم عمر الى تيماء وإريحاء . أهـ.

ورواه مسلم جـ٣ ص ١١٨٧ . كتاب المساقاة ،باب المساقاة والمعاملة بجزء من الثمر والزرع . رقم/٦ .

(٢٦) أي لأنها تعتمد بيان المدة فيها ،وذلك في القياس، وفي الاستحسان لا يشترط بيانها ،لأن وقت ادراك الثمر معلوم ، وقل ما يتفاوت فيه .

أنظر : التبيين جـ٥ ص ٢٨٤.

(٢٧) في نسخة ((ب)) : وأنه ذكر لشطر الزرع .

(٢٨) لانه عقد على مجهول ، اذ لا يدرى كم تكون جملة الثمر.

(٢٩) في نسخة ((ب)) : ولكنه .

(٣٠) في الأصل العبارة هكذا : ولكن لم يتقبل لانه لم ينقل ./ وهي غير واضحة المعنى .

والأولى حذفها ،كما في نسخة ((ب)) .

(٣١) أي الراوي .

بيان صفة العقد ، وقوله : نقركم ماشئنا ، يحتمل انه أراد مالم يفسخ ، ويحتمل انه أراد الاقرار في الأرض (٣٢) على المعاملة ، (٣٣) واما شطر (٣٤) الزرع فيجوز في الزرع الذي بين تضاعيف النخل ، (٣٥) ولانه عين لا يزكو (٣٦) نماؤها الا بالعمل عليها ، فاذا لم يجز اجارتها ، جاز المعاملة عليها ببعض النماء (٣٧) كالاثمان . (٣٨)

---

(٣٢) في نسخة ((ب)) : على الأرض ، لا على المعاملة .

(٣٣) أي والدليل اذا دخله الاحتمال ، بطل به الاستدلال .

(٣٤) في نسخة ((ب)) : فاما على شطر الزرع . / فيه زيادة توضيح .

(٣٥) حيث تجوز المزارعة عليه مع الجهالة ، اذا كان تبعا للمساقاة في النخل لتعسر افراده بالمزارعة ،
أنظر مغني المحتاج جـ٢ ص ٣٢٤ .

(٣٦) في نسخة ((ب)) زيادة ألف بعد الواو : يزكوا . / ولا داعي لها لان هذه الواو انما هي واو الفعل لا واو الجماعة .

(٣٧) زاد في نسخة ((ب)) : ببعض النماء الخارج منها كالاثمان في القراض والبيع .

(٣٨) حيث يجوز المعاملة أي المضاربة فيها .
بجامع ان كلا عين لا يزكو نماؤها الا بالعمل عليها ، في كل من الأصل وهو الاثمان ، والفرع وهو الشجر .
ولما كان حكم الاصل جواز المعاملة عليه ببعض الربح ، كان حكم الفرع كذلك ، فيجوز المعاملة على الشجر ببعض نمائه أيضا لذلك .

فان احتجوا : بأن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن المخابرة[٣٩]، والمخابرة هى المعاملة عليها ببعض[٤٠] التى جرت بخيبر.

قلنا : بل المخابرة هى المزارعة ، وهى مشتقة من الخبار ، وهى الأرض

---

(٣٩) رواه مسلم جـ٣ ص ١١٧٤ كتاب البيوع ، باب النهى عن المحاقلة والمزابنة وعن المخابرة ، رقم / ٨٢ . عن جابر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن المخابرة والمحاقلة والمزابنة .أهـ.

وقد فسرها جابر بقوله : اما المخابرة : فالأرض البيضاء ، يدفعها الرجل الى الرجل فينفق عليها ، ثم يأخذ من الثمر.

وعن المزابنة قال : بيع الرطب فى النخل بالتمر كيلا .

وأما المحاقلة : بيع الزرع القائم بالحب كيلا . أنظر نفس الحديث والصفحة .

ورواه أبو داود عنه جـ٣ ص ٢٦٢ كتاب البيوع باب فى المخابرة . رقم / ٣٤٠٤ ولفظه : نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المحاقلة والمزابنة والمخابرة والمعاومة .أهـ.

وروى النهى عن المخابرة أيضا زيد بن ثابت ، عند أبى داود جـ٣ ص ٢٦٢ كتاب البيوع ، باب فى المخابرة رقم / ٣٤٠٧ ،

ولفظه : نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المخابرة . قلت - القائل هو ثابت بن الحجاج الراوى عن زيد - وما المخابرة ؟ قال : أن تأخذ الارض بنصف أو ثلث أو ربع . أهـ.

(٤٠) سقط قوله : (عليها ببعض) من نسخة ((ب)) .

اللينة ، ولهذا يسمى الاكار الخبير ،[(٤١)] ولهذا قال عنترة[(٤٢)]:

والخيل تقتحم الخبار عوابسا ∴ مابين[(٤٣)] شيظمة[(٤٤)] واجرد شيظم[(٤٥)].

---

(٤١) أنظر القاموس جـ٢ ص١٧ مادة خبر.

(٤٢) هو عنترة بن شداد بن عمرو بن معاوية بن قراد العبسى ، اشهر فرسان العرب ، فى الجاهلية ، ومن شعراء الطبقة الأولى من أهل نجد ، وامه حبشية ، سرى اليه السواد منها ، كان من أحسن العرب أخلاقا واعزهم نفسا ، حليما حازما ، فى شعره رقة وعذوبة ، كانت له ابنة عم مغرما بها ، ماكادت تخلو قصائده عن ذكرها ، شهد حرب داحس والغبراء ، وعاش طويلا ، قتله الاسد الرهيص وقيل : جبار ابن عمرو الطائى ، سنة اثنين وعشرين قبل الهجرة .

وكتاب : قصة عنترة ، خيالى ، لم يعرف واضعه ، ويعده الأفرنج من بدائع آداب العرب فترجموها الى الالمانية والفرنسية.

أنظر : الاعلام جـ٥ ص ٩١ .

(٤٣) فى نسخة ((ب)) : من بين .

(٤٤) هى الابل الطويلة الجسيمة . ويطلق على الخيل ، والناس أيضا .
وهى على وزن حيدرة .

أنظر القاموس جـ٤ ص ١٣٦ .

(٤٥) قال فى اللسان جـ١٢ ص ٣٢٣ : ويروى : وآخر شيظم .

قالوا : ولأنه (٤٦) اجارة ،بدليل انه يلزم ،ويفتقر الى ذكر المدة،فلم يجز على عوض مجهول (٤٧) معدوم ،كسائر الاجارات. (٤٨)

قلنا : يجوز أن يكون اجارة ،ثم يخالف سائر الاجارات فى جهالة البدل، (٤٩) كما قالوا فى استئجار الظئر على الطعمة . (٥٠)

قالوا : عين يتوصل الى نمائها (٥١) مع بقائها ،فلا يجوز المعاملة عليها ببعض نمائها ،كالأرض والمواشي وسائر الأشجار. (٥٢)

---

(٤٦) أى عقد المساقاة.

(٤٧) فى نسخة ((ب)) : على عوض معدوم مجهول .

(٤٨) حيث لا تصح على عوض مجهول أو معدوم .
بجامع اللزوم والافتقار الى المدة فى كل من الاصل وهو سائر الاجارات، والفرع وهو المساقاة .
ولما كان حكم الاصل عدم صحتها على عوض مجهول أو معدوم ، كان حكم الفرع كذلك فلا تصح المساقاة أيضا لذلك .

(٤٩) بأن يستثنى من القاعدة فى الاجارات فيجوز على مجهول أو معدوم هنا .

(٥٠) أى حيث استثنوها من الاجارة الفاسدة لعدم تقدير الطعام فيها لكن جازت للضرورة اليها على جهة الاستحسان عند أبى حنيفة،وخالفه صاحباه فلم يجيزا ذلك العقد . أنظر الهداية جـ٨ ص ٤٦ .

(٥١) زاد فى نسخة((ب)) : الى نمائها بالعمل عليها .

(٥٢) فى نسخة ((ب)) : وسائر الاستئجارات.
حيث لا يجوز المعاملة على ما يخرج من الأرض بالمزارعة ،ولا يجوز ذلك أيضا فى المواشي وسائر الأشجار.
بجامع ان كلا عين يتوصل الى نمائها بالعمل عليها مع بقاء عينها ، فى كل من الاصل وهو الأرض بالمزارعة والمواشي وسائر الأشجار ، والفرع وهو المساقاة.
ولما كان حكم الأصل بطلان العقد فيه،كان حكم الفرع كذلك فلا تصح المساقاة أيضا لذلك .

قلنا : الأرض يمكن اجارتها باجرة معلومة ، فلا يجوز بمجهول ، وهذا (٥٣) لا يمكن، والنتاج يحصل بفعل المواشى، لا صنع للراعى فيه ، (٥٤) وهذا يحصل بفعل العامل ، (٥٥) ولهذا يضاف اليه ، فيقال : لقح النخل ، (٥٦) ولا يقال : انتج البهيمة ، وفى سائر الأشجار قولان . (٥٧) وان سلم ، (٥٨) فلأن النخل والكرم (٥٩) تعظم منفعتهما ، وتقتنى ثمرتها ، (٦٠) فاحتيج الى المعاملة عليها ببعض ما يخرج منها ، كالاثمان ، (٦١) وسائر الأشجار (٦٢) لا تعظم

---

(٥٣) أى فى المساقاة .

(٥٤) أى فلا يستحق عليه الاجر لذلك .

(٥٥) بمباشرته سقى الزرع والشجر .

(٥٦) سقط كلمة (النخل) من الأصل .

(٥٧) فى القديم يجوز المساقاة فى كل شجر مثمر ، وفى الجديد ، لا تصح الا فى النخل والعنب . أنظر المنهاج ص٧٥ .

(٥٨) أى على القول بعدم جواز المساقاة فى غير النخل والعنب .

(٥٩) استعمل المصنف هذا اللفظ (الكرم) بفتح فسكون ، أيضا فى التنبيه ص ٨٢ فتتبعه النووى فى تصحيح التنبيه فقال : (الكرم) يعنى العنب ، وقد ثبت عن النبي صلى الله عليه وسلم النهى عن تسمية العنب كرما ، وكان ينبغى للمصنف أن لا يذكر لفظ الكرم ، بل يقول : العنب . أهـ

(٦٠) حيث تدخر تمرا وزبيبا .

(٦١) حيث يجوز المعاملة عليها بالمضاربة فيها .

بجامع عظم المنفعة ، فى كل من الأصل وهو الاثمان ، والفرع وهو النخل والعنب .

ولما كان حكم الاصل جواز المعاملة عليها ، كان حكم الفرع كذلك فيجوز المعاملة على النخل والعنب أيضا لذلك .

(٦٢) فى نسخة ((ب)) : الاستئجار ./ وهو تحريف .

منفعتها ، فهى كسائر الجواهر (٦٣) .

---

(٦٣) حيث لا يجوز المضاربة عليها .
بجامع قلة منفعتها فى كل من الأصل وهو ماعدا الاثمان من الجواهـــــر ، والفرع وهو ماعدا النخل والعنب من الزروع .
ولما كان حكم الأصل هو عدم جواز المعاملة عليه ، كان حكم الفـــــرع كذلك فلا تجوز المعاملة على غير النخل والعنب أيضا لذلك .
والمقصود: بيان ان بين الأصل والفرع فى قياسهم فارقا ، حيث يبطل به .

* مسائل العارية (*) *

* مسألة (٢٣٩) : العارية مضمونة (١) ./١٧٢ى.

(*) فى نسخة ((ب)) : بسم الله الرحمن الرحيم ، مسائل العارية.
والعارية ، بتشديد الياء ، وقد تخفف ، وفيها لغة ثالثة بحذفها : عارة.
بوزن ناقة .
وهى فى اللغة اسم لما يعار ، ويقع على العقد ، من عار اذا ذهب وجاء ،
ولذلك قيل للغلام الخفيف الذى يكثر ذهابه ومجيئه عيار ،
وقيل: هى من التعاور لاختلاف الايدى عليها .
وشذ بعضهم فقال : هى من العار ، للحاق العار بمن يطلبها .
قلت : ولو عكس لكان اقرب ، أعنى للحاق العار بمن يمنعها للآية وقد
أجيب عنه بأن النبي صلى الله عليه وسلم فعلها ، فكيف تكون عارا .
وأيضا فان الف العارية منقلبة عن واو لان أصلها عورية ،
وألف العار منقلبة عن ياء ، بدليل قولك : عيرته بكذا .
وهى فى الشرع : اباحة الانتفاع بما يحل الانتفاع به ، مع بقاء عينه .أهـ
أى بلا عوض .
وهى مشروعة بالكتاب والسنة والاجماع .
اما الكتاب: فقوله تعالى (ويمنعون الماعون) أى العارية ، كالدلو والفأس
ونحو ذلك ، وقيل : يمنعون الزكاة . قال البخارى : هو المعروف كله .
وقوله أيضا (وتعاونوا على البر والتقوى) سورة المائدة آية / ٢ .
وأما السنة: فقد روى البخارى جـ٢ ص ٩٦ تحت عنوان : باب ما قيل فى
العمرى والرقبى ، باب من استعار من الناس الفرس ، فقال : حدثنا آدم
حدثنا شعبة عن قتادة قال سمعت انسا يقول : كان فزع بالمدينة . فاستعار
النبي صلى الله عليه وسلم فرسا من أبى طلحة ، يقال له : المندوب ،
فلما رجع قال : مارأينا من شئ ، وان وجدناه لبحرا . أهـ. أى وجدنا =

. . . .

= هذا الفرس واسع الجرى ، أو انه طويل النفس فى الجرى لا ينفد كما لا ينفد البحر .
يؤيده قول قتادة : وكان بعد ذلك لا يجارى . أى لانه قبل ذلك كان به اثر جرح يعيقه ، فقيل له مندوب . أنظر الفتح جـ٥ ص٢٤١ .
ومنها استعارته صلى الله عليه وسلم أدرعا من صفوان بن أمية كما سيأتى تخريجه هامش رقم / ٥ فى المسألة الآتية .
وقد كانت واجبة أول الاسلام بالآية (ويمنعون الماعون) ثم نسخت الى الاستحباب ، وقد تجب كاعارة مالا يندفع الخطر الا به ، كثوب من البرد أو الحر ، أو اعارة حبل لانقاذ غريق . وقد تكره كاعارة العبد المسلم لكافر . وقد تحرم كاعارة الامة أو العبد ممن يعرف بالفجور بهما .
وقد وقع الاجماع على جوازها . كما ذكر ذلك فى المراتب ص ٩٤ . ورحمة الأمة ص ١٦٧ .
وأنظر مغنى المحتاج جـ٢ ص ٢٦٣ . المغنى جـ٥ ص١٦٣ فى مجمل ماذكرنا .
وأركانها أربعة : مستعير ومعير ومعار وصيغة .

(١) أى وان تلفت من غير فعله . وتضمن بقيمتها يوم التلف ، وقيل باقصى القيم من يوم القبض الى التلف .
أنظر : المختصر ص ١١٦ . الأم جـ٣ ص ٢٤٤ . الوجيز جـ١ ص ٢٠٤ .
وذهب الحنابلة الى وجوب ضمانها بكل حال وان بلا تفريط مالم تكن العارية وقفا فلا يضمن الا أن يفرط فيها .
أنظر : شرح المنتهى جـ٢ ص ٣٩٧ . كشاف القناع جـ٤ ص ٧٦ . المغنى : جـ٥ ص ١٦٤ .

وقال أبو حنيفة : غير مضمونة.(٢)

لنا : ان النبي صلى الله عليه وسلم استعار ادرعا من صفوان(٣) يوم حنين(٤)،
فقال له : أغصبا يامحمد ،فقال : بل عارية مضمونة مؤداة.(٥) ولا يجوز

---

(٢) أي مالم يفرط.
الهداية جـ٧ ص ٤٦٨. التبيين جـ٥ ص ٨٤. مجمع الأنهر جـ٢ ص ٣٤٧.
وذهب المالكية الى وجوب الضمان عليه فرط أو لم يفرط اذا كان المعار
مما يغاب عليه مع وجوده كالحلى والثياب ،والا بان كان مما لا يغاب عليه
كالحيوان والعقار فلا يضمن مالم يفرط ،وخالفهم اشهب فأوجب الضمان كالشافعية
أنظر: الشرح الكبير جـ٣ ص ٤٣٦. الجواهر جـ٢ ص ١٤٥. شرح المنح :
جـ٣ ص ٤٩٠.
وذهب ابن حزم الى انها غير مضمونة ان تلفت بلا تعد ،سواء في ذلك
ما يغاب عليه منها ومالا يغاب عليه .أنظر المحلى جـ١٠ ص ١٦٢.
(٣) هو ابن أمية . أنظر ترجمته في المسألة رقم (٧٨) هامش (٣٠).
(٤) في نسخة ((ب)) : يوم خيبر. / وهو خطأ.
(٥) رواه أبوداود جـ٣ ص٢٩٦ . كتاب البيوع . باب في تضمين العارية .
رقم/ ٣٥٦٢. من طريق شريك بن عبد الله القاضي .
وسكت عنه المنذري . أنظر مختصر سنن أبي داود جـ٥ ص ١٩٨. رقم/ ٣٤١٨.
وكذا الخطابي .
ورواه ابن حزم أيضا من طريق أحمد بن شعيب ،- هو النسائي- ثم قال :
شريك مدلس للمنكرات الى الثقات ،وقد روى البلايا والكذب الذي لا شك
فيه عن الثقات. أهـ . المحلى جـ١٠ ص ١٦٦.
لكن قال عنه الذهبي : تابعي صدوق . ثم نقل عن ابن معين والنسائي
قولهما فيه انه : ليس بالقوى . وقال فيه ابن معين مرة: لا بأس به ،
وقال أبو داود : ثقة. ونقل قول ابن عدي فيه : فاذا روى عنه ثقة
فانه ثقة. أنظر الميزان جـ٢ ص ٢٦٩ رقم / ٣٦٩٦. =

حمله (٦) على ضمان الرد ، لانه وصف العين به (٧)، ولان ضمان الرد قد علم من قوله مؤداة. (٨)

فان قيل : أخذ (٩) بغير اذنه ، ولهذا قال : اغصبا يامحمد .

قيل : قوله (١٠) : استعار لا يحتمل الغصب ، ولانه قال : بل عارية (١١)، ولانه روى انه قال (١٢) اذا اتتك رسلي (١٣) فأعطهم كذا (١٤)، وقوله : أغصبا ، أي تغصبني ان لم أعرك ؟ ! .

= قلت : وقد روى عنه هذا الحديث ثقة معروف وهو يزيد بن هارون السلمي الواسطي . قال فيه أحمد : كان حافظا متقنا ، وقال العجلي : ثقة ثبت. وقال أبو حاتم : امام لا يسأل عن مثله . أهـ . الخلاصة ص ٤٣٥ .

(٦) أي حمل الضمان في قوله : مضمونة مؤداة .

(٧) حيث قال : مضمونة .

(٨) أي فيكون في حمله على ذلك المعنى اخراج للحديث عن فائدته ، مع ما فيه من التكرار . اذ قد نص على الرد بقوله : مؤادة ، فوجب حمله على ضمان العين تلافيا للتكرار غير المفيد ، وعن مثله يصان الحديث.

(٩) أي النبي صلى الله عليه وسلم ، ومفعول الأخذ هو : الادراع.

(١٠) أي الراوي .

(١١) وهو للاضراب الابطالي هنا .

(١٢) أي النبي صلى الله عليه وسلم لصفوان .

(١٣) أي لتسلم الادراع ، التي تم التفاوض عليها .

(١٤) أي ولا يكون مثل هذا في الغصب ، اذ الغاصب يأخذه مكابرة .

والحديث رواه أبو داود جـ٣ص ٢٩٧ كتاب البيوع باب في تضمين العارية ، رقم / ٣٥٦٦ عن صفوان بن أمية عن أبيه قال : قال لي رسول الله صلى الله عليه وسلم : اذا اتتك رسلي فاعطهم ثلاثين درعا ، وثلاثين بعيرا ، قال : فقلت : يارسول الله اعارية مضمونة ، أو عارية مؤداة . قال : بل مؤداة . أهـ

قال عبد الحق في " أحكامه " : حديث يعلى بن أمية ، أصح من حديث صفوان بن أمية ، قال ابن القطان : وذلك لان حديث صفوان هو من رواية =

فان قيل : شرط الضمان ، وبالشرط يجب الضمان لاهل الحرب.(١٥)

قيل : صفوان كان مستأمنا،(١٦) فهو كالذمي،(١٧) ولا يثبت الضمان له بالشرط ، ولأنه(١٨) أخذ مال غيره لنفسه من غير استحقاق(١٩) ولا وثيقة(٢٠) ولا اذن في الاتلاف فضمنه ، كما لو غصبه ،أو أخذه على وجه السوم،(٢١) ولأن ما ضمن

= شريك عن عبد العزيز بن رفيع ، ولم يقل : حدثنا ، وهو مدلس، وأما أمية بن صفوان فخرج له مسلم .أهـ نصب الراية جـ٤ ص ١١٧ .

(١٥) اذ بدونه تكون أموالهم ودماؤهم مباحة ،فكان ضمان رسول الله صلى الله عليه وسلم الادراع له من باب ضمان الشرط للحربي وليس من باب ضمان عين العارية. فليس فيه دليل على أن العارية مضمونة لذلك .

(١٦) أي وليس حربيا ، والمستأمن حرام الدم والمال مادام في أمانه .

(١٧) في جريان الأحكام له أو عليه بدون شرط. ومنها حكم العارية .

(١٨) أي المستعير.

(١٩) أي من غير أن يكون قد تعلق له فيه حق سابق .

(٢٠) أي تبيح له الأخذ ، كما في الرهن .

(٢١) حيث يجب عليه ضمانه مطلقا فرط أو لم يفرط .

بجامع أخذ مال الغير من غير استحقاق ولا وثيقة ولا اذن لمباتلافه في كل من الاصل وهو الغصب والأخذ على وجه السوم. والفرع وهو العارية .

ولما كان حكم الاصل وجوب الضمان فيه مطلقا بالاتلاف ، كان حكم الفرع كذلك فيجب ضمان العارية مطلقا أيضا لذلك .

بالرد ضمن بالبدل ،كالمغصوب [٢٢] ولأن كل قبض لو كان من الغاصب أوجب ضمانا مستقرا ،فاذا كان من المالك أوجب الضمان ،كالغصب ، [٢٣] ولأنه نوع معروف ،فلو لم يضمن ،أسف الناس به، [٢٤]

فان احتجوا : بقوله صلى الله عليه وسلم : (ليس على المستعير غير المغل ضمان) . [٢٥]

---

(٢٢) حيث يضمن بالبدل .

بجامع الضمان فيه بالرد في كل من الاصل وهو المغصوب ، والفرع وهو العارية .

ولما كان حكم الاصل الضمان بالبدل ، كان حكم الفرع كذلك فتضمن العارية بالبدل أيضا لذلك .

(٢٣) حيث يوجب الضمان أيضا على الغاصب بكل حال .

(٢٤) أسف كفرح وهو أشد الحزن ،ويطلق ويراد به الغضب ، ويأتي بمعنى سخط ، وكلها تعطى المطلوب في عبارته ،فان من بذل المعروف فأتلفه المبذول له فانه سيحزن أو يغضب أو يسخط لذلك .

أنظر القاموس جـ٣ ص ١١٧ . ويؤدي ذلك الى قفل باب العارية ، فيقع الناس في الحرج .

(٢٥) رواه الدارقطني في البيوع جـ٣ ص ٤١ رقم / ١٦٨ ، من طريق عمرو بن عبد الجبار عن عبيدة بن حسان . عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي صلى الله عليه وسلم قال : ليس على المستعير غير المغل ضمان ، ولا على المستودع غير المغل ضمان .أهـ.

ثم قال : عمرو وعبيدة ضعيفان ، وانما يروى عن شريح القاضي غير مرفوع .أهـ.

ورواه البيهقي جـ٦ ص٩١ كتاب العارية ، باب من قال : لا يغرم .

وضعف عمرو بن عبد الجبار وعبيدة أيضا ، وقال انما يروى عن شريح غير مرفوع .

وقد دافع عنهما صاحب الجوهر النقي ونفى الضعف عنهما .أنظره نفس الصفحة .

قلنا : هذا من قول شريح ، ولم يسنده الا عمرو بن عبد الجبار عن عبيدة[٢٦] بن حسان[٢٧] ، وهما متروكان[٢٨] عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ، ولعله مرسل[٢٩] .

---

(٢٦) فى نسخة ((ب)) : عن عبيد بن حسان ./ بدون تاء . وهو خطأ .

(٢٧) وقد ذكرنا ذلك عن الدارقطنى جـ٣ ص٤١ . والبيهقى جـ٦ ص ٩١ فى الهامش الأسبق . وأنظر ترجمة شريح فى المسألة رقم (٤٠) هامش (١٥) .

(٢٨) اما عبيدة بن حسان ، فهو العنبرى السنجارى ، روى عن الزهرى وقتادة ، وروى عنه خالد بن حيان الرقى وابن أخيه عمرو بن عبد الجبار .
قال ابو حاتم : منكر الحديث ، وقال الدارقطنى : ضعيف .
أنظر الميزان جـ٣ ص٢٦ . رقم/ ٥٤٦١ .
وأما عمرو بن عبد الجبار ، فهو السنجارى ، يكنى أبا معاوية ،
قال ابن عدى : روى عن عمه مناكير .
ذكر منها الذهبى : عن أنس : من السنة فى دفن الميت ان يلقى التراب من قبل القبلة .
٢- مرفوعا : قبلة الرجل أخاه المصافحة .
أنظر الميزان جـ٣ ص ٢٧١ . رقم/ ٦٣٩٩ .

(٢٩) لان اسمه كاملا : عمرو بن شعيب بن محمد بن عبد الله بن عمرو بن العاص ابن وائل السهمى .
فان كان الضمير فى أبيه عائدا على شعيب ، وفى جده على محمد ، فان محمدا لم يدرك النبي صلى الله عليه وسلم . كما قال ابن عدى . فيكون مرسلا . خلافا للذهبي .
قال أبو داود : سمعت أحمد بن حنبل يقول : أهل الحديث اذا شاءوا احتجوا بعمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ، واذا شاءوا تركوه . يعنى لترددهم فى شأنه . أهـ
وقيل لأبى داود : عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده حجة؟ قال : لا ولا نصف حجة . أهـ
=

ثم نحمله على ضمان الأجزاء (٣٠) .

قالوا : أخذه باذن صحيح من المالك لا على وجه البدل والوثيقة، فلم يضمن كالوديعة والمستأجر (٣١) والموصى له بمنفعته (٣٢) .

= قال يحي القطان : حديث عمرو بن شعيب عندنا واه ، وقال ابن أبي شيبة : سألت ابن المديني عن عمرو بن شعيب ، فقال : ما روى عنه أيوب وابن جريج ، فذلك كله صحيح ، وما روى عمرو عن أبيه عن جده فانما هو كتاب وجده - أي يرويه بالوجاده - فهو ضعيف . أهـ
قال الذهبي : قلت : هذا لا شئ ، لأن شعيبا ثبت سماعه من عبد الله ، وهو الذى رباه حتى قيل ان محمدا مات فى حياة أبيه عبد الله ، فكفل شعيبا جده عبد الله ، فاذا قال عن أبيه ثم قال عن جده فانما يريد بالضمير فى جده انه عائد الى شعيب . أهـ الميزان : جـ٣ ص ٢٦٦ رقم / ٦٣٨٣ .

(٣٠) فى نسخة ((ب)) : على اضمار الاجزاء . / أى ضمان مجزئ تسقط به المطالبة .

(٣١) سقط قوله (والمستأجر والموصى له بمنفعته ، قلنا : الوديعة) من نسخة ((ب)) .

(٣٢) حيث لا يجب عليه الضمان بتلف شئ من ذلك . أى مالم يتعد .
بجامع الأخذ باذن صحيح من المالك لا على وجه البدل والوثيقة ، فى كل من الأصل وهو الوديعة والمستأجر والموصى له بمنفعته ، والفرع وهو العارية .
ولما كان حكم الاصل عدم وجوب الضمان فيها مالم يتعد ، كان حكم الفرع كذلك ، فلا ضمان على المستعير مالم يتعد أيضا لذلك .

قلنا : الوديعة أخذها لمنفعة مالكه [٣٣] ويده كيده ، والمستعير أخذ لمنفعة نفسه ، ويده ليست كيده [٣٤] ، ولهذا قالوا : اذا جاوز بالعارية الموضع المأذون فيه [٣٥] ثم ردها [٣٦] الى الموضع لم يبرأ من الضمان ، ولو تعدى فى الوديعة ، ثم رد الى الموضع برئ [٣٧] . والمستأجر والموصى له بالمنفعة قبض باستحقاق [٣٨] ، وهذا قبض من غير استحقاق [٣٩] ، ولا وثيقة [٤٠] فتعلق

---

(٣٣) أى الشئ المودع . حيث يحفظه له .
وفى نسخة ((ب)) : مالكها . / مراعاة للفظ الوديعة .

(٣٤) أى ولهذا الفارق لا يجوز قياس العارية على الوديعة .

(٣٥) سقط لفظ (فيه) من نسخة ((ب)) .

(٣٦) فى الأصل : ثم رد .

(٣٧) أنظر مجمع الأنهر جـ٢ ص ٣٣٨ و ص ٣٤١ .
أى واذ قد فرقوا بين الوديعة والعارية فى الضمان بالتعدى وعدمه فكيف يقيسون أحداهما على الاخرى هنا مع ما بينهما من الفارق المذكور .

(٣٨) أى فلم يتعلق به الضمان .

(٣٩) أى ان المستعير قبض الشئ المعار له من غير ان يكون له فيه حق ، ذلك لانه انما قبضه على جهة التعاون معه فى قضاء حاجته . فلا يقاس على المستأجر والموصى له بالمنفعة للفارق المذكور بينهما .

(٤٠) فى الأصل (ولأنه وثيقة) . والصواب ما فى نسخة ((ب)) لأن المقصود عطف ما بعدها هنا على ما قبلها ليرتب عليها قوله : فتعلق به الضمان .

به الضمان ، ولأن القبض في هذه الأصول (٤١) لا يوجب الضمان ، (٤٢) ولهـــذا لو قبضها (٤٣) من الغاصب فضمن (٤٤) رجع به ، (٤٥) ولو ضمن المستعير لم يرجع. (٤٦)

قالوا : ولأن الاجزاء (٤٧) لا تضمن ، (٤٨) وهي المعقود عليها ، فالعـــين (٤٩) أولـــى .

قلنا : يبطل بالمستعير من الغاصب ، (٥٠) ثم الاجزاء مأذون في اتلافها ،

---

(٤١) في نسخة ((ب)) : الأحوال .
والمقصود بالأصول: هي المقيس عليه في قياسهم ، وهي . الوديعـــة والمستأجر والموصى له بمنفعة .

(٤٢) لانها عقود امانة في الوديعة والاجارة . وعقود تبرعات في الوصية .

(٤٣) أي العين المغصوبة .

(٤٤) أي القابض .

(٤٥) أي بالضمان على الغاصب .

(٤٦) أي وبهذه الفوارق بين الأصل والفرع يبطل قياسهم الذي ذكروه .

(٤٧) في نسخة ((ب)) : لا ترجع لا تضمن . / وهو تحريف . والمراد بالاجزاء المنافع المتولدة من العين المعارة .

(٤٨) لأن صاحب العين المعارة بذلها على وجه التبرع .

(٤٩) في نسخة ((ب)) : والعين أولى . / أي بعدم الضمان لانها لـــم لم يعقد عليها .

(٥٠) حيث لا يضمن المنفعة في المغصوب المعار له ، ثم يضمن عـــين المغصوب اذا تلف عنده .

والعين أذن في امساكها ،وذلك (٥١) لا يسقط الضمان (٥٢) ، كالقرض (٥٣) .

* مسألة (٢٤٠) : لا يجوز للمستعير ان يعير في أصح الوجهين (١) ./١٧٢ ى .
وقال أبو حنيفة : يجـــوز (٢) .

---

(٥١) أى الاذن للمستعير بامساك العين المعارة .

(٥٢) أى فبطل قياس الاجزاء على العين في الضمان ، لذلك الفارق .

(٥٣) حيث لا يوجب الاذن له بامساك المال المقترض سقوط الضمان عنه فيه .
بجامع الاذن له باتلاف المعقود عليه في كل من الاصل وهو مال القرض، والفرع وهو اجزاء العين المعارة .
ولما كان حكم الاصل وجوب الضمان على المقترض وان اذن له بامســـــاكه ، كان حكم الفرع كذلك فيجب على المستعير ضمان العين المعارة وان اذن له بامساكها أيضا لذلك .

(١) ومحله:مالم يأذن له المعير بالاعارة .
فتح العزيز جـ١١ ص٢١٠ . المنهاج ص٦٩ .
وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى جـ٢ ص٣٩٦ . كشاف القناع جـ٤ص٧٦ .
المغنى جـ٥ ص١٦٨ .

(٢) ومحله:مالم يكن المستعار مما يختلف باختلاف المستعمل له . كالحمـل والسكنى والاستخدام والزراعة ، والا بان اختلف فلا يعير الا باذنــــه ، كاعارة حداد أو قصار منزلا استعير للسكنى .
ومحله أيضا:اذا اطلق الاعارة ولم يقيد استعمالها بنوع أو شخص أو زمن فما يختلف باختلاف المستعمل لا يعيره المستعير الا باذن المعــــير ، والا فيعيره وان لم يأذن .
أنظر: الهداية جـ٧ ص٤٧١ ومابعدها . التبيين جـ٥ ص٨٥ . مجمــع الأنهر جـ٢ ص٣٤٨ .
واجازه المالكية مع الكراهة . ومحل الجواز مالم يمنعه المالك من اعارتها =

لنا : هو انه عقد على المنفعة ،فلم يملكه[٣] المستعير بالاعارة،كالاجارة[٤]،
ولأنه أحد نوعى الاباحة ،[٥] فلا يملك به الاباحة لغيره ،كاباحة الطعام[٦]،

= أنظر: الشرح الكبير جـ٣ ص ٤٣٣ . الجواهر جـ٢ ص ١٤٥ . شرح المنح جـ٣ ص ٤٨٧ .

ولم أقف على قول ابن حزم فى هذه المسألة .

(٣) فى نسخة ((ب)) : فلم يملكها .

(٤) حيث ليس للمستأجر أن يؤجر العين المستأجرة .

بجامع العقد على المنفعة فى كل من الاصل وهو الاجارة والفرع وهو الاعارة ،

ولما كان حكم الاصل أن المستأجر لا يملك اجارة العين المؤجرة ، كان حكم الفرع كذلك فلا يملك المستعير أن يعير العين المستعارة أيضا لذلك .

(٥) الاباحة نوعان : اباحة بعوض كالبيع والاجارة والقراض ونحوه . واباحة بلا عوض ، كالهبة والقرض والاعارة ونحو ذلك .

والمراد هنا النوع الثانى .

(٦) حيث لا يملك اباحة الطعام لغيره باباحته له ، كما لو كان ضيفا .

بجامع ان كلا أحد نوعى الاباحة فى كل من الاصل وهو اباحة الطعام والفرع وهو الاعارة .

ولما كان حكم الأصل انه لا يملك اباحة الطعام لغيره باباحته له ، كان حكم الفرع كذلك فلا يملك المستعير اعارة غيره أيضا لذلك .

والدليل على أنه[(٧)] اباحة انه تبرع لم[(٨)] يتصل به القبض[(٩)] فلا يملك به الهبة ،[(١٠)] ولأنه لو ملك بالاعارة[(١١)] لملك الاعتياض عليه ،[(١٢)] كالمشترى والموهوب .[(١٣)]

قالوا : عقد على المنفعة ،فملك به الاعارة ،كالاجارة.[(١٤)]

---

(٧) أى عقد الاعارة .

(٨) فى نسخة ((ب)) : لمن يتصل ./ وهو تحريف .

(٩) لأن المعير سلط المستعير على الانتفاع بالعين لا على ذاتها ،

(١٠) أى هبة منفعة العين المعارة ،باعارتها لغيره .

وفى الأصل (كالهبة) والصواب حذف كاف التشبيه . لأن الموهوب له يملك هبة العين الموهوبة لغيره ،لأنه ملك العين فيها بخلاف الاعارة ،فانما ملك فيها المنافع فقط ، فليس المقام مقام قياس. فوجب حذف الكاف .

(١١) أى لوملك بالاعارة اعارة الغير.

فى نسخة ((ب)) : لو ملك الاعارة ./ بدون باء السببية .

(١٢) أى باجارة العين المستعارة ، والحال انه لا يملك اجارتها ،فلا يملك اعارتها أيضا . أنظر فتح العزيز جا ١١ ص٢١١ .

(١٣) حيث يملكان الاعتياض عن المبيع والموهوب بالبيع أو بالاجارة .

(١٤) حيث يملك اجارة العين المستأجرة .

بجامع العقد على المنفعة ، فى كل من الأصل وهو الاجارة ، والفرع وهو الاعارة .

ولما كان حكم الاصل جواز اجارة العين المؤجرة ، كان حكم الفرع كذلك فيجوز للمستعير أن يعير العين المستعارة أيضا لذلك .

قلنا : بالاجارة يملك المنفعة ، فهو كالطعام اذا اشتراه،[(١٥)] وبالاعارة لا يملك ،[(١٦)] فهو كالطعام يقدم اليه .[(١٧)]

* مسألة (٢٤١) : اذا اعاره أرضا أو اجره للغراس، أو البناء فغرس أو بنى ، لم يجبر على قلعه ، الا بان يضمن مانقص بالقلع.[(١)] / ١٧٢ ى .

---

(١٥) حيث يجوز له بيعه .
بجامع ملك المنفعة فى كل من الأصل وهو الطعام اذا اشتراه والفرع وهو الاجارة .
ولما كان حكم الأصل جواز بيعه ، كان حكم الفرع كذلك فيملك المستأجر اجارة العين أيضا لذلك .

(١٦) زاد فى نسخة ((ب)) : لا يملك المنفعة . / أى وانما يملك الانتفاع به فقط . وفرق بين ملك المنفعة وبين ملك الانتفاع .

(١٧) فى نسخة ((ب)) : فهو كالطعام اذا قدم اليه . / أى على سبيل الضيافة .
حيث لا يملك أن يبيحه لغيره .
بجامع عدم ملك المنفعة فى كل من الأصل وهو مالو قدم اليه طعام ، والفرع وهو مالو استعار شيئا .
ولما كان حكم الأصل عدم ملكه اباحة الطعام لغيره ، كان حكم الفرع كذلك فلايملك اعارة العين المستعارة لغيره أيضا لذلك .
والمقصود: ان بين الأصل والفرع فى قياسهم فارقا ، فيبطل به .

(١) وهو قدر التفاوت بين قيمته ثابتا ومقلوعا .
وهذا أحد خيارات ثلاث ، والثانى : ان يبقيه ويعطى المعير أجر ابقائه ، والثالث : ان يتملكه المعير بقيمته ، ويجبر المستعير على القبول وقيل يشترط رضاه .
وسواء فى ذلك أن تكون مدة الاعارة مطلقة أو مقيدة . =

وقال أبو حنيفة : له ذلك.(٢)

ومحله في المقيدة : مالم يقل فان انقضى الوقت كان عليك أن تنقض بنائك.

فحينئذ يقلع مجانا بلا ارش نقص لانه لم يغره.

أنظر : المختصر ص ١١٦ . الأم جـ٣ ص ٢٤٥ . تحت عنوان : وفي اختلاف العراقيين في باب العارية وأكل الغلة. ونقل الرافعي عن المزني القول بأنه له اخراجه من غير ارش نقص أصلا وفاقا لأبي حنيفة ، أنظر فتح العزيز جـ١١ ص ٢٢٧ وص ٢٣٠.

(٢) أي ولا يضمن له مانقص البناء والغرس بالقلع.

ومحله إذا رجع ولم يكن قد وقت للاعارة مدة ، والا فان رجع قبلها ضمن وان بعدها فلا.

أنظر: الهداية جـ٧ ص ٤٧٤ . التبيين جـ٥ ص ٨٨ . مجمع الأنهر جـ٢ ص ٣٤٩ ومابعدها.

وذهب زفر الى أنه يلزمه القلع بكل حال وقت أو لم يوقت ، لبطلان التأجيل في العواري.

وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى جـ٢ ص ٣٩٤ . كشاف القناع جـ٤ ص ٧٢ . المغني جـ٥ ص ١٧١.

وبه يقول المالكية : الشرح الكبير جـ٣ ص ٤٣٩ . الجواهر جـ٢ ص ١٤٧.

شرح المنح جـ٣ ص ٤٩٦ . ومابعدها.

ولم أقف على قول ابن حزم في هذه المسألة.

لنا ، ماروت عائشة رضى الله عنها (٣) أن النبي صلى الله عليه وسلم قال (من بنى فى رباع قوم باذنهم فله قيمته) (٤) ولأنه بناء مأذون فيه طالبه بقلعه فى وقت لم يشترط عليه (٥) القلع فلم يجبر عليه من غير ضمان ، كما لو اذن له فيه مدة ، وطالبه قبل انقضائها ، (٦) ولأن العرف فى

---

(٣) فى الأصل : عنهما . / بالتثنية ، أى عنها وعن أبيها وأنظر ترجمتها فى المسألة رقم (٥٨) هامش (١٢) .

(٤) رواه البيهقى جـ٦ ص٩١ ، كتاب العارية ، باب من بنى أو غرس فى أرض غيره ، من طريق عمر بن قيس المكى عن الزهرى عن عروة عن عائشة مرفوعا : من بنى فى رباع قوم باذنهم فله القيمة ، ومن بنى بغير اذنهم فله النقض . أهـ . وقد وصفه بأنه لا يثبت .
ثم قال : عمر بن قيس المكى : ضعيف لا يحتج به ، ومن دونه أيضا ضعيف . أهـ يعنى به عطاء بن مسلم الخفاف الراوى عن عمر بن قيس ، قال فيه أبو داود : ضعيف . - يعنى عطاء - .
وقال أبو زرعة : كان يهم .
قال أبو حاتم : كان شيخا صالحا يشبه يوسف بن اسباط ، وكان دفن كتبه ، فلا يثبت حديثه .
لكن وثقه وكيع وغيره ، أنظر الميزان جـ٣ ص٧٦ . رقم / ٥٦٤٨ .
قلت : الا أن الجرح مقدم على التعديل لا سيما اذا كان مفسرا ، وهو كذلك هنا . والله أعلم .

(٥) فى نسخة ((ب)) : لم يشرط فيه القلع .

(٦) حيث لا يجبر على القلع فيها من غير ضمان .
بجامع ان كلا بناء مأذون فيه طالبه بقلعة فى وقت لم يشترط عليه القلع ، فى كل من الأصل وهو مالو طالبه قبل مضى المدة ، والفرع وهو مالو طالبه بعد مضيها ولم يكن شرط عليه فيها القلع .
ولما كان حكم الأصل وجوب الضمان بقلعه ، كان حكم الفرع كذلك فيجب عليه الضمان فيه أيضا لذلك .

ذلك التبقية ،[٧] والمتعارف كالمشروط ، ولو شرط التبقية لم يطالب[٨] بالقلع، فكذلك اذا اطلق .

قالوا : أعاره ولم يغره ،[٩] فأشبه اذا شرط عليه القلع .[١٠]

قلنا : بل غره حين اطلق ، والعادة[١١] التبقية.[١٢]

---

(٧) لأن البناء والغرس يراد للمدد الطويلة .

(٨) فى نسخة ((ب)) : لم يطالبه . / أى المعير.

(٩) أى لم يخدعه اذ شرط عليه القطع. من قولك : فلان غرته الدنيا أى خدعته بزينتها . قال تعالى : (فلا تغرنكم الحياة الدنيا ولا يغرنكم بالله الغرور) سورة لقمان - آية/ ٣٣ أى لا تخدعنكم الدنيا بزينتها ولا الشيطان بوساوسه .

أنظر المفردات ص ٣٥٩ .

(١٠) حيث لا يجب عليه ضمان النقص اذن .

بجامع انعدام الغرر فى العقد ، فى كل من الاصل وهو مالواعاره للغرس والبناء وشرط عليه القلع والفرع وهو اذا لم يشترط عليه .

ولما كان حكم الأصل عدم ضمان النقص عند القلع بالرجوع فى الاعارة كان حكم الفرع كذلك فلا يضمن وان لم يشترط عليه أيضا لذلك .

(١١) فى نسخة ((ب)) : والعادة فيه . / أى فى الغرس والبناء .

(١٢) أى لمدد متطاولة .

أى واذ قد غره ، بمعاملته على خلاف العادة ، فقد وجب عليه ضمان النقص فيه .

* مسائل الوديعة * (*)

---

* مسألة (٢٤٢) : اذا سافر بالوديعة ضمن (١) . / ١٧٢ ش.

(*) في نسخة ((ب)) : مسائل الوديعة ، بسم الله الرحمن الرحيم .
والوديعة فعيلة بمعنى مفعولة ، وقولك ودع الشئ اذا تركه ، ومنه حديث ابن عمر مرفوعا : لينتهين أقوام عن ودعهم الجمعات أو ليختمن الله على قلوبهم ، ثم ليكونن من الغافلين . أهـ رواه مسلم جـ٢ ص ٥٩١ . كتاب الجمعة باب التغليظ في ترك الجمعة ، رقم / ٤٠ .
وتجمع على ودائع . قال الشاعر :
اذا أنت لا تبرح تؤدى أمانة .'. وتحمل اخرى اثقلتك الودائع .
وهي في اللغة : الشئ الموضوع عند غير صاحبه للحفظ .
واشتقاقها من السكون ، تقول ودع يدع ، فكأنها ساكنة عند المودع ومستقرة عنده .
وفي الشرع : هي توكيل في حفظ مملوك أو محترم مختص على وجه مخصوص .
وبين الامانة والوديعة عموم وخصوص ، فالامانة عامة والوديعة خاصة . الوديعة تستحفظ قصدا عند شخص ، والامانة هي الشئ يقع في يد الشخص من غير قصد ، كأن تلقي الريح بثوب انسان في بيتك .
والوديعة مشروعة بالكتاب والسنة والاجماع والمعقول .
اما الكتاب : فقول الله تعالى (ان الله يأمركم أن تؤدوا الامانات الى أهلها) سورة النساء ، آية / ٥٨ .
وأما السنة فقول رسول الله صلى الله عليه وسلم : أد الامانة الى من ائتمنك ولا تخن من خانك . رواه الترمذي عن أبي هريرة جـ٣ ص ٥٦٤ كتاب البيوع . رقم / ١٢٦٤ . ثم قال : هذا حديث حسن غريب . أهـ
ورواه أبو داود جـ٣ ص ٢٩٠ كتاب البيوع ، باب الرجل يأخذ حقه من تحت يده ، رقم / ٣٥٣٥ .
=

. . . .

= وأما الاجماع فقد حكاه في رحمة الأمة ص ١٦٥ وابن قدامة في المغني جـ٥ ص ٤٣٦ .

وأما المعقول :فان بالناس حاجة اليه ،فانه يتعذر على جميعهم حفظ أموالهم بأنفسهم ،فاحتاجوا الى غيرهم لحفظها .

وأركانها أربعة : وديعة ومودع ووديع وصيغة .

أنظر مغني المحتاج جـ٣ ص ٧٩ . المغني جـ٦ ص ٤٣٦ .

(١) ومحله : اذا قدر على ردها لصاحبها أو قدر على وضعها عند أمين ، ولم يفعل ، فان خاف عليها من حريق داهم أو غارة وعجز عن ايداعها عند أمين ، فله السفر بها .

الوجيز جـ١ ص ٢٨٤ . المنهاج ص٩٢ . المختصر ص ١٤٧ .

وهو قول الحنابلة : الا أن المذهب ان له السفر بها مالم يخف عليها فيه التلف ،أو كان السفر احفظ لها ، مالم ينهه المودع عن السفر بها . سواء كان مضطرا الى السفر أولا .

أنظر : شرح المنتهى جـ٢ ص ٤٥٣ . كشاف القناع جـ٣ ص ١٩٣ .

المغني : جـ٦ ص ٤٣٩ .

وبايجاب الضمان بالسفر بها يقول المالكية أيضا .

ومحله : اذا قدر على ردها الى صاحبها ولم يفعل أو وجد أمينا يودعها عنده فلم يفعل .

أنظر : الشرح الكبير جـ٣ ص ٤٢١ . الجواهر جـ٢ ص ١٤٠ . شرح المنح جـ٣ ص ٤٥٥ .

وقال أبو حنيفة : لا يضمن . (٢)

لنا : هو انه سافر بالوديعة من غير اذن صاحبها من غير ضرورة فأشبه اذا كان السفر مخوفا . (٣)

قالوا : نقل الوديعة مع الأمن ، فأشبه اذا نقل من محلة الى محلة . (٤)

قلنا : أمن البلد موثوق به ، فهو كأمانة العدل (٥) ، وأمن السفر غير موثوق به ، (٦)

---

(٢) أى سواء كان لها مؤنة فى السفر أولا ، وخالفه الصاحبان فمنعا منه ان كان لها مؤونة .
ومحله : مالم ينهه صاحبها عن السفر بها أو خاف عليها فى السفر ، والا ضمن .
أنظر الهداية جـ٧ ص ٤٥٧ . التبيين جـ٥ ص ٧٩ . مجمع الأنهر جـ٢ ص ٣٣٩ .
ويشبه أن يكون هذا قول ابن حزم . لأنه يوجب عليه حفظ الوديعة بما يحفظ به ماله ، على أن لا يخالف ما حده له صاحبها فى الحفظ .
فمحل الضمان عنده : مالم ينهه عن السفر بها . أنظر المحلى جـ٩ ص ١٦٧ .

(٣) حيث يجب عليه الضمان فيه .
بجامع السفر بالوديعة من غير اذن صاحبها من غير ضرورة ، فى كل من الأصل وهو مالو كان السفر بها مخوفا . والفرع وهو مالو لم يكن مخوفا .
ولما كان حكم الاصل المنع منه كان حكم الفرع كذلك فلا يجوز له السفر بها فان فعل ضمن أيضا لذلك .

(٤) أى وتلفت به ، حيث لا يجب عليه به الضمان .
بجامع النقل مع الأمن ، فى كل من الأصل وهو مالو نقلها من محلة الى محلة ، والفرع وهو مالو سافر بها من بلد الى بلد .
ولما حكم الاصل عدم الضمان فيه ، كان حكم الفرع كذلك فلا يضمن به أيضا لذلك .

(٥) أى فى تحقق الحفظ عنده .

(٦) لا حتمال تعرض اللصوص وقطاع الطرق له فتذهب الوديعة بذلك عن صاحبها .

ولهذا روى (ان المسافر ومتاعه لعلى قلت [٧] الا ماوقى الله) فهو كأمانـــة الفاسق [٨] .

* مسألة (٢٤٣) : اذا سلم الوديعة الى عياله [١] ضمن [٢] ٠/١٧٢ش٠

---

(٧) بفتح الأول والثانى ، تقول : قلت يقلت قلتا ، كتعب يتعب تعبـــا ، أى هلك ، ومنه سميت المفازة وهى الصحراء المهلكة : مقلتة ، بمـــيم مفتوحة . لانها محل الهلاك .

أنظر المصباح جـ٢ ص ١٧٢ . الصحاح جـ١ ص ٢٦١٠

والاثر المذكور قال فيه النووى فى التهذيب جـ٢ ص١٠٠ : ليس هـــذا خبرا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ، انما هو من كلام بعـــض السلف ، قيل : انه عن علي بن أبى طالب رضى الله تعالى عنـــه وذكر ابن السكيت والجوهرى فى صحاحه جـ١ ص ٢٦١ - انه لبعـــض الأعراب . أهـ .

(٨) أى فى غلبة الضياع منه على الوديعة .

والمراد: ان قياسهم منقوض بثبوت الفارق فيه بين الأصل والفرع . والقياس مع الفارق باطل .

(١) كزوجته وولده وعبده .

أنظر شرح المحلى جـ٣ ص ١٨٢٠

(٢) ومحله : مالم يأذن له صاحبها ، أو يوجب ذلك عليه عذر قائـــم .

أنظـــر : الوجيز جـ١ ص ٢٨٤ . المنهاج ص ٩٢ . الأم جـ٧ ص ١١٦٠

المختصر ص ١٤٧٠

وقال أبو حنيفة : لا يضمن.(٣)

لنا : هو(٤) انه أودع الوديعة بغير اذن صاحبها من غير حاجة ، فأشبه اذا أودعها شريكه أو مضاربه.(٥)

---

(٣) يدخل فى العيال عنده : الزوجة والوالدان والولد والأجير للمساكنة وهو تلميذه الخاص الذى استأجره مسانهة أو مشاهرة بشرط أن يكون طعامه وكسوته عليه ومحل جواز تسليمها الى من فى عياله: هو ما اذا كان أمينا ، والا ضمن.

أنظر: الهداية جـ٧ ص ٤٥٢. التبيين جـ٥ ص ٧٧. مجمع الأنهر : جـ٢ ص ٣٣٩.

وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى جـ٢ ص ٤٥٢. كشاف القناع جـ٤ ص ١٨٧. المغنى جـ٦ ص ٤٣٨.

وسواء فى عدم ضمانه أن يكون له عذر فى دفعها الى عياله أولا ، بخلاف الأجنبى فان دفعها اليه بلا عذر ضمن.

وبه يقول المالكية ، ومحله: اذا كان من عادته حفظ مثلها عند زوجته.

أنظر: الشرح الكبير جـ٣ ص ٤٢٣. الجواهر جـ٢ ص ١٤١. شرح المنح جـ٣ ص ٤٦٢.

واليه ذهب ابن حزم ، لأنه قال : وصفه حفظها هو ان يفعل فيها من الحفظ ما يفعل بماله ، وان لا يخالف ما حد له صاحبها .أهـ

فاذا كان من عادته حفظ ماله عند زوجته لم يضمن.

أنظر المحلى جـ٩ ص ١٦٧.

(٤) سقط لفظ (هو) من نسخة ((ب)) . / أى الوديع.

(٥) حيث يجب به عليه الضمان.

بجامع الايداع بغير اذن المالك من غير حاجة ، فى كل من الأصل وهو مالو أودع الوديعة شريكه أو مضاربه ، والفرع وهو مالو أودعها عياله.

ولما كان حكم الأصل وجوب الضمان عليه به ، كان حكم الفرع كذلك فيجب عليه الضمان بايداعها عند عياله أيضا لذلك.

قالوا : حفظها بمن يحفظ به ماله ، فأشبه اذا حفظها بنفسه.(٦)

قلنا : يبطل بما قسنا عليه.(٧)

* مسألة (٢٤٤) : اذا أودع المودع أخر(١) وهلكت عنده ضمن المالك من شاء منهما.(٢) / ١٧٢ش.

---

(٦) حيث لا يجب عليه الضمان بتلفها اذن .
بجامع الحفظ بما يحفظ به ماله ،في كل من الاصل مالو حفظها بنفسه والفرع وهو مالو حفظها بعياله .
ولما كان حكم الأصل عدم وجوب الضمان عليه به ، كان حكم الفرع كذلك فلا يجب عليه الضمان بحفظها عند عياله أيضا لذلك .

(٧) وهو مالو أودعها عند شريكه أو مضاربه . حيث يضمنها مع انه يحفظ ماله عند شريكه ومضاربه ،فكانت العلة التى ذكروا غير صحيحة ،لوجودها فى الحالين وتخلف الحكم عنها فى أحدهما وهو حال مااذا حفظها عند شريكه ومضاربه فتلفت .

(١) أى شخصا آخر .

(٢) فان شاء ضمن الثانى ،ويرجع بما غرمه على الأول ان كان جاهلا والا فلا لانه غاصب ، وان شاء ضمن الأول ويرجع به الأول على الثانى ان كان عالما بأنها وديعة والا فلا .
ومحل وجوب الضمان،مالم يكن له عذر أولم يأذن له به صاحب الوديعة .
أنظر : نهاية المحتاج جـ٦ ص ١١٥ . مغنى المحتاج جـ٣ ص ٨٢ . عميرة : جـ٣ ص ١٨٢ .
وهوقول الحنابلة أيضا :
أنظر: شرح المنتهى جـ٢ ص ٤٥٢ .كشاف القناع جـ٤ ص١٩٣ . وذكر فى المغنى جـ٦ ص ٤٣٨ رواية أخرى انهلا يضمن الا الأول .

وقال أبو حنيفة : لا يضمن الا(٣) الأول(٤) .

لنا : هو انه أخذ(٥) مال غيره ، ولم يجز له أخذه ،(٦) فأشبه الغاصب(٧) .

قالوا : بمعنى واحد(٨) ، لا يجب الضمان على اثنين .

---

(٣) سقط حرف الاستثناء (الا) من نسخة ((ب)) : ٠/ واثباته ضروري لأداء المعنى .

(٤) خلافا للصاحبين حيث قالا يضمن ايهما شاء ، فان ضمن الثاني رجع بمعلى الأول .

أنظر : الهداية جـ٧ ص ٤٦١ . التبيين جـ٥ ص٨١ . مجمع الأنهر جـ٢ ص٣٤٣ .

وهو قول المالكية أيضا :

أنظر : الشرح الكبير جـ٣ ص ٤٢٣ . الجواهر جـ٢ ص ١٤١ . شرح المنح : جـ٣ ص ٤٦٢ .

ويوشك أن يكون مذهب ابن حزم في هذه المسألة انه اذا أودعها لعذر عند الأخر فلاضمان ، والا فالضمان على الأول لتعديه .

فقد قال : وصفة حفظها هو أن يفعل فيها من الحفظ ما يفعل بماله وان لا يخالف ما حد له صاحبها .

ثم قال في المسألة بعدها : فان تعدى المودع في الوديعة أو اضاعها فتلفت لزمه ضمانها . أهـ المحلى جـ٩ ص ١٦٧ .

(٥) أي المستودع الثاني .

(٦) لأن صاحب الوديعة لم يستودعها عنده ولا اذن للأول بذلك ، اذا علم الثاني بأنها وديعة عند الأول .

(٧) حيث يجوز للمغصوب منه تضمينه .

بجامع أخذ مال الغير بدون اذن في كل من الأصل وهو الغاصب والفرع وهو المستودع الثاني .

ولما كان حكم الاصل جواز تضمينه ، كان حكم الفرع كذلك فيجوز له تضمين المستودع الثاني أيضا لذلك .

(٨) وهو الايداع .

قلنا : وجب (٩) بمعنيين : على الأول برفع اليد ، (١٠) ولهذا لو تركها في صحراء ضمن وعلى الثاني بالأخذ ، (١١) ولهذا لو أخذها (١٢) (١٣) منه قهرا ضمن (١٤) .

* مسألة (٢٤٥) : اذا قال : احفظ الوديعة في هذا الحرز (١) ولا تخرجها فنقلها الى مثله ، ضمن على المنصوص، قال أبوسعيد الاصطخري (٢) :

---

(٩) في نسخة ((ب)) : بل وجب بمعنيين .

(١٠) اذ أخرجها من يده الى يد الثاني .

(١١) اذ أخذ مالا يحق له أخذه ، لعلمه انها وديعة عند الأول ، لم يأذن له المودع بنقلها منه الى غيره .

(١٢) أي المستودع الثاني .

(١٣) أي من المستودع الأول .

(١٤) أي الثاني .

(١) الحرز بكسر الأول وسكون الثاني فزاي معجمة ، هو مكان حفظ الشيء وحرز كل شيء بحسبه ، تقول : احرزت المتاع ، اذا حفظته في مكان يليق به ، والجمع احراز ، مثل حمل واحمال .
أنظر المصباح جـ١ ص ١٤٠ .

(٢) هو الحسن بن أحمد بن يزيد بن عيسى بن الفضل بن بشار بن عبد الحميد ابن عبد الله بن هانئ بن قبيصة بن عمرو بن عامر. قاضي قم ، أحد الرفعاء من أصحاب الوجوه عند الشافعية ولد سنة أربع وأربعين ومائتين ، قال الخطيب : كان أحد الأئمة المذكورين ، ومن شيوخ الفقهاء الشافعيين ، وكان ورعا زاهدا مقللا ، .أهـ ثم نقل الخطيب عن الداركي أحد أئمة الشافعية قوله : سمعت أبا اسحاق المروزي يقول : لما دخلت بغداد لم يكن بها من يستحق ان ادرس عليه الا أبوسعيد الاصطخري وأبو العباس بن سريج .أهـ . كانت فيه حدة ، ولي الحسبة في بغداد ، وكان من الدين والورع بمكان ، توفي =

لا يضمن ٠/ ١٧٢ ش.(٣)

وقال أبو حنيفة : ان نقلها الى مثله في الدار لم يضمن استحسانا !(٤)

لنا : انه أخرج الوديعة من الحرز الذى نهاه عن الاخراج منه من غير ضرورة ، فأشبه اذا نقلها الى دار أخرى.(٥)

= ببغداد سنة ثمان وعشرين وثلاثمائة ، ودفن بباب حرب. أنظر طبقات ابن السبكي جـ٢ ص ١٩٣ والتي تليها .

(٣) المختصر ص ١٤٧ . الوجيز جـ١ ص ٢٨٦ . مغني المحتاج جـ٣ ص ٨٤ . نهاية المحتاج جـ٦ ص ١١٩ .

وذكر في المجموع القولين صراحة . جـ٣ ص ٢٢٠ .

وبوجوب الضمان عليه بالنقل يقول الحنابلة أيضا :

ومحله : مالم يخف عليها الهلاك في محلها الأول .

أنظر: شرح المنتهى جـ٢ ص ٤٥١ . كشاف القناع جـ٤ ص ١٨٨ . المغني : جـ٦ ص ٤٤١ .

وبضمانها يقول ابن حزم ، لانه يوجب الضمان بمخالفة المستودع ماحده له المودع.

أنظر المحلى جـ٩ ص ١٦٧ .

(٤) ومحله: مالم تكن الدار عظيمة لأن التفاوت بين البيتين فيها معتبر.

أنظر: الهداية جـ٧ ص ٤٦١ . التبيين جـ٥ ص ٨١ . مجمع الأنهر : جـ ٢ ص ٣٤٣ .

ولكنهم لم يقولوا : استحسانا . وقاله في المبسوط جـ١١ ص ١٢١ .

وهو قول المالكية أيضا :

أنظر: القوانين ص ٤٠٥ . اسهل المدارك جـ٣ ص ١٣٤

(٥) حيث يجب عليه به الضمان .

بجامع اخراج الوديعة من حرزها المنهى عن اخراجها منه لغير ضرورة في كل من الأصل وهو ما اذا أخرجها من دار الى دار، والفرع وهو =

قالوا : البيتان (٦) فى الدار حرز واحد ، بدليل أن السارق اذا نقل المسروق من احدهما الى الآخر لم يقطع .

قلنا : السارق لو نقل (٧) من البيت الى الدهليز ، (٨) والباب مفتوح لم يقطع ، (٩) ولو فعل المودع ذلك ضمن . (١٠)

* مسألة (٢٤٦) : اذا حل كيس الوديعة ضمنها . (١) / ١٧٢ ش .

= مالو أخرجها من بيت الى بيت فى الدار .

ولما كان حكم الاصل وجوب الضمان عليه به ، كان حكم الفرع كذلك فيجب عليه الضمان به أيضا لذلك .

(٦) فى الأصل (البيتين) بالنصب بالياء للتثنية ، الا أن المقام يوجب الرفع ، للابتداء . وماأثبتناه هو من نسخة ((ب)) .

(٧) أى الشئ المسروق .

(٨) فى المصباح جـ١ ص ٢١٦ : الدهليز : المدخل الى الدار ، فارسى معرب ، والجمع : الدهاليز . أهـ .

(٩) لانه لم يخرجها من حرزها بعد .

(١٠) لانه أخرجها من موضعها الذى تحفظ فى مثله ، اذ الدهليز ليس محلا للحفظ .

أى فبطل به قياس الوديعة على السرقة للفارق المذكور بينهما .

(١) أى وان لم ينتفع بشئ منها .

أنظر : نهاية المحتاج جـ٦ ص ١٢٨ . مغنى المحتاج جـ٣ ص ٨٩ . قليوبى جـ٣ ص ١٨٦ .

وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى جـ٢ ص ٤٥٤ . كشاف القناع جـ٤ ص ١٩٥ . المغنى جـ٦ ص ٤٥١ .

وبوجوب الضمان بمخالفة الوديع أمر المودع يقول المالكية لأنه عرضها به للتلف ، فاذا نهاه عن وضع قفل عليها فخالف فوضعه فسرقت ضمن =

وقال أبو حنيفة : لا يضمـــن [٢] .

لنا : هو انه هتك حرز الوديعة ، فأشبه اذا تركها [٣] فى بيـــت ونقب [٤] البيت [٥] .

قالوا : تعدى على الحرز [٦] فلم يضمن مافيه ، كما لو فتـــح

= لتعريضه لها للسرقة باغراء اللصوص بها وكذا فى حل كيس الوديعـــة تعريض لها للتلف فيضمن اذن .

أنظر : القوانين ص ٤٠٥ . الشرح الكبير جـ٣ ص ٤٢٢ . الجواهر جـ٢ ص ١٤١ .

ويشبه أن يكون هذا هو قول ابن حزم أيضا قال فى المحلى جـ٩ ص ١٦٢ : وصفة حفظها هو أن يفعل فيها ما يفعل بماله ، وان لا يخالف ما حد لــه صاحبها . . . وماعداه هو التعدى فى اللغة ومعرفة الناس . أهـ

(٢) أنظر حاشية ابن عابدين جـ ص

(٣) فى الأصل : اذا ترك .

(٤) أى خرقة صاحبه هنا ، تقول : نقبت الحائط نقبا من باب قتل اذا خرقته . أنظر المصباح جـ١ ص ٢٩١ .

(٥) حيث يجب عليه به الضمان . لأنه فتح بذلك مجالا للصوص لسرقـــة الوديعة .

بجامع هتك حرز الوديعة فى كل من الأصل وهو مالو ترك الوديعـــة فى البيت ونقبه ، والفرع وهو مالو حل كيس الوديعة .

ولما كان حكم الأصل لزوم الضمان عليه به ، كان حكم الفرع كذلـــك فيلزمه الضمان بحله الكيس أيضا لذلك .

(٦) أى فقط ، ولم يتعد على الوديعة التى فيه .

قفصا على[٧] طائر.[٨]

قلنا : يبطل بما قسنا عليه ،[٩] والطائر لا يجب عليه حفظه ،[١٠] وهذا[١١] يجب حفظه .[١٢]

* مسألة (٢٤٧) : اذا اخرج الوديعة من الحرز لينتفع بها[١] ضمن ./١٧٣ى .

---

(٧) في نسخة ((ب)) : عن طائر.

(٨) حيث لا يلزمه به الضمان خلافا لمحمد .أنظر مجمع الأنهر جـ٢ ص ٤٧٠ .
بجامع التعدى على الحرز دون المحروز فيه ، في كل من الأصل وهو
مالو فتح قفصا على طائر ، والفرع وهو مالو فتح كيس الوديعة .
ولما كان حكم الأصل عدم الضمان فيه ،كان حكم الفرع كذلك فلا ضمان
على المودع بفتح كيس الوديعة أيضا لذلك .

(٩) وهو مالو ترك الوديعة في البيت ونقبه ، حيث يجب عليه الضمان مع
كونه تعدى على الحرز فقط .

(١٠) لأن الأصل عدم حبسه .

(١١) أي الكيس والوديعة التي فيه .

(١٢) أي فهذا فارق بين الاصل والفرع ، فيبطل به قياسهم المذكور.

(١) أي وان لم ينتفع . كما قيده به في قليوبي جـ٣ ص ١٨٥ . ومحله مالم
يأذن له به المستودع .
الوجيز جـ١ ص ٢٨٥ . وكذا ان أخذ الدراهم ليصرفها الى حاجته
(ح) ضمن .أهـ.
والحاء المهملة هنا اشارة الى مخالفة أبي حنيفة للشافعية في هذه
المسألة. وأنظر المنهاج ص ٩٣ .
وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى جـ٢ ص ٤٥٤ . كشاف القناع جـ٤ص١٩٠ .
المغني : جـ٦ ص ٤٥١ .
ولعله قول ابن حزم أيضا ،فان اخراجها من الحرز تعد منه عليها ، وقد =

وقال أبو حنيفة : لا يضمن قبل الانتفاع.(٢)

لنا : هو انه ايقاع فعل في الوديعة لا يقتضيه الايداع،(٣) فأوجب الضمان ، كالتخريق.(٤)

قالوا : معنى لا يوجب الضمان من غير نية،(٥) فلا يوجب مع النية، كالامساك.(٦)

= قال ابن حزم : فان تعدى المودع في الوديعة أو اضاعها فتلفت لزمه ضمانها . أهـ المحلى جـ٩ ص١٦٧ .

(٢) مجمع الأنهر جـ٢ ص ٣٣٨ . حاشية الشلبي جـ٥ ص٧٧ . نتائج الأفكار جـ٧ ص ٤٥٢ . حاشية ابن عابدين جـ٥ ص ٢٦ .
وهو قول المالكية ، أيضا ومحله، اذا هلكت مما تهلك من مثله غالبا .
أنظر: الشرح الكبير جـ٣ ص ٤٢٠ . الجواهر جـ٢ ص. ١٤٠ . القوانين : ص ٤٠٥ .

(٣) ان الايداع يقتضي حفظها وعدم هتك حرزها .

(٤) حيث يجب عليه الضمان بتخريق الحرز.
بجامع ان في كل ايقاع فعل في الوديعة لا يقتضيه عقدها . اما الأصل فتخريق الحرز ، واما الفرع فاخراجها من حرزها .
ولما كان حكم الاصل وجوب الضمان به ، كان حكم الفرع كذلك فيجب الضمان باخراجها من حرزها للانتفاع أيضا لذلك .

(٥) أي نية الانتفاع .

(٦) حيث لو أمسك الوديعة عنده [بعد طلب صاحبها]، ولم ينو الانتفاع بها لما وجب عليه الضمان ، بجامع ان كلا معنى لا يوجب الضمان من غير نية، اما الاصل فهو الامساك واما الفرع فهو اخراجها من حرزها للانتفاع.
ولما كان حكم الاصل عدم وجوب الضمان به ، كان حكم الفرع كذلك فلا يجب الضمان بالاخراج أيضا لذلك .

قلنا : الاخراج من غير نية[٧] يقتضيه الايداع[٨]، ومع النية[٩] لا يقتضيه[١٠]، فاذا أمسك ونوى ان لا يرد ضمن فى أحد الوجهين[١١]، ثم ذاك فيه[١٢] نيـــة مجردة[١٣]، وهذا[١٤] نية اتصلت بفعل خرج بها عن مقتضى الايداع فوجـب بهـا[١٥] الضمان[١٦].

---

(٧) أى من غير نية الانتفاع بها .

(٨) أى فى بعض الصور ، اذا كان الحفظ فى اخراجها .

(٩) فى الأصل (ومع نية لا يقتضيه) بدون أل ./ أى واخراج الوديعـــة من حرزها مع نية الانتفاع بها لا يقتضيه عقد الوديعة .

(١٠) لان عقد الوديعة يقتضى حفظها لصاحبها كما هى ، والانتفاع بهـا يعرضها للاستهلاك والتلف .

(١١) الصحيح منهما انه لا يضمن . أنظر المنهاج ص ٩٣ .

(١٢) فى نسخة ((ب)) : ثم ذلك نية مجردة ./ والاشارة الى حـــال إمساكها بنية عدم الرد .

(١٣) أى عن الفعل . وهذه لا توجب الضمان .

(١٤) اخراجها من حرزها بنية الانتفاع بها .

(١٥) أى بالنية المصحوبة بالفعل وهو اخراج الوديعـــة من حرزها .

(١٦) أى وهذا الفارق بين الأصـل والفرع فى قياسهم ، يوجـــب بطلانـــه .

* مسألة (٢٤٨) : اذا تعدى في الوديعة ثم ترك التعدي لم يبرأ (١) من الضمان ./١٧٣ى .

وقال أبو حنيفة : يبرأ . (٢)

---

(١) المختصر ص ١٤٧ . الوجيز جـ١ ص ٢٨٥ . المنهاج ص ٩٣ .
ومحل الضمان ، مالم يحدث له مالك الوديعة استئمانا جديدا بعد تعديه عليها .
وصورة ذلك : ان يتعدى المودع على الوديعة باستعمالها ، ثم يردها الى حرزها ، فان ذلك لا يسقط عنه الضمان لو تلفت الا اذا جدد له صاحبها الايداع بعد ذلك التعدى ، لأن يده زالت عنها بالتعدى ، فاستوجب ذلك اذنا جديدا لعودها للاستئمان .
وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى جـ٢ ص ٤٥٠ . كشاف القناع : جـ٤ ص ١٩٥ . المغنى : جـ٦ / ٤٥٢ .

(٢) الهداية جـ٧ ص ٤٥٦ . التبيين جـ٥ ص ٧٨ والتي تليها . مجمع الأنهر جـ٢ ص ٣٤١ .
ومحله : مالم يعزم على العود الى التعدى ، ومحله أيضا اذا صدقه صاحبها في العود عن التعدى .
وبالبراءة من الضمان بالعود عن التعدى يقول المالكية أيضا .
قال الدردير : وتضمن بانتفاعه بها بلا اذن ربها فتلفت ... الا أن ترد من الانتفاع بها ... سالمة لموضع ايداعها ثم تلفت بعد بلا تفريط فلا ضمان . أهـ .
الشرح الكبير جـ٣ ص ٤٢١ . وأنظر الجواهر جـ٢ ص ١٤٠ . شرح المنح جـ٣ ص ٤٥٥ .
ولم أقف على قول ابن حزم في هذه المسألة .

لنا : هو انه ضمن الوديعة بالعدوان ، فبطل الاستئمان ، كما لو جحد ثم اعترف .(٣)

فان قيل : اذا جحد فقد عزل نفسه ، وارتفع(٤) العقد ، وهاهنا(٥) لم يرتفع العقد .(٦)

قيل : لو كان الضمان بحكم العزل(٧) لما ضمن حتى يتمكن من الرد ، كما لو عزل نفسه ،(٨) فلما ضمن في الحال ، دل على أنه ضمن بحكم العدوان(٩) ،

---

(٣) حيث لا يبرأ من الضمان به لزوال يده عنها بالتعدى فلا يعود اليه الاستئمان الا بعقد جديد .

بجامع التعدى على الوديعة في كل من الاصل وهو مالو جحدها ثم اعترف والفرع وهو مالو تعدى ثم رجع عنه .

ولما كان حكم الاصل عدم سقوط الضمان به ، كان حكم الفرع كذلك فلا يزول الضمان بترك التعدى أيضا لذلك .

(٤) في نسخة ((ب)) : فارتفع العقد . / أى فلا يعود بالاعتراف .

(٥) في حال ترك التعدى عليها .

(٦) أى فلا يصح به قياسكم المذكور لوجود الفارق فيه بين الأصل والفرع .

(٧) أى منوطا به .

(٨) حيث لا ينعزل ولا يبرأ من الضمان حتى يرد .

(٩) أى وليس بحكم العزل .

ولأن الوديعة ارتفعت ،(١٠) فلا ينفرد باعادتها(١١) كما لوردها على صاحبها(١٢) ،
والدليل على انها قد ارتفعت،انه عقد أمانة ،(١٣) والضمان ضدها(١٤) فاذا
طرأ الضمان ارتفع العقد ، كالتحريم لما كان ضد الحل ، اذا طرأ على
النكاح ارتفع النكاح.(١٥) ولانه لو استأجر دابة أو استعارها الى الكوفة
فجاوز بها الى القادسية ، ثم ردها الى الكوفة،(١٦) لم يبرأ من الضمان(١٧) ، فكذلك
هاهنا.(١٨)

---

(١٠) أى زالت يد الائتمان عنها بالعدوان عليها .

(١١) أى لابد لها من استئمان جديد من صاحبها .

(١٢) حيث لا تعود وديعة ، الا بعقد جديد من صاحبها .
بجامع زوال اليد عنها فى كل من الأصل وهو مالو ردها الى صاحبها ،
والفرع وهو مالو تعدى عليها ثم رجع عنه .
ولما كان حكم الأصل هو عدم انفراد الوديع باعادتها وديعة عنده ،
كان حكم الفرع كذلك فلا ينفرد الوديع بعد التعدى باعادتها وديعة
عنده أيضا لذلك .

(١٣) أى عقد الوديعة عقد امانة ، بمعنى انه يزول بالعدوان .

(١٤) لان موجبه الخيانة . أى والضدان لا يجتمعان .

(١٥) كما لو تزوجها ثم تبين انها اخته من الرضاعة ، حيث يبطل العقد .

(١٦) أى وتلفت .

(١٧) لحصول التعدى منه بالمخالفة، ثم لايرتفع حكم التعدى بالعودة الى ما اتفقا
عليه فى العقد .

(١٨) أى فى حال الرجوع عن العدوان على الوديعة أيضا ، فلا يسقط عنه الضمان ،
بجامع التعدى فى كل من الأصل وهو مالو استأجر دابة الى القادسية
فجاوزها الى الكوفة ثم رجع الى الكوفة ، والفرع وهو مالو تعدى على الوديعة
ثم ترك التعدى .
ولما كان حكم الأصل وجوب الضمان فيه ، كان حكم الفرع كذلك فلا يزول
الضمان بترك العدوان عليها أيضا لذلك .

فان قيل : يد أولئك (١٩) ليست يد المالك (٢٠)، ويد المودع يده (٢١).

قيل : الا أنه مأذون له (٢٢) في الامساك (٢٣)، فهو كيده (٢٤).

قالوا : الأمر بالحفظ باق بعد التعدى ، لأنه أمر مطلق في الأزمان فلا يسقط بالمخالفة ، كالأمر بصوم رمضان ، لا يبطل بالفطر في يوم منه ، وكأمر الوكيل ببيع الثوب لا يبطل بلبسه (٢٥) .

---

(١٩) اشارة الى المستأجر والمستعير في الدابة .

(٢٠) لأن يدهم على العين يد ضمان بمقتضى العقد وليست يد حفظ .

(٢١) لانها يد أمانة .

والمقصود : ايجاد ايراد على القياس المذكور لابطاله باثبات الفارق فيه بين الأصل والفرع .

(٢٢) أى للمودع .

(٢٣) أى لا في التعدى .

(٢٤) أى كيد المالك ، أى في الامساك ، فاذا تعدى لم تكن يده كيده ، فيضمن ،

(٢٥) بجامع بقاء الأمر في سائر الازمان التي لم يحصل فيها عدوان ، في كل من الأصل وهو مالو أفطر يوما من رمضان أو أمر الوكيل ببيع الثوب فلبسه ، والفرع وهو مالو تعدى على الوديعة ثم ترك ، ولما كان حكم الأصل عدم سقوط الأمر بصوم رمضان فيما عدا الأيام التي أفطر منها وعدم سقوط الأمر ببيع الثوب بعد لبسه ، كان حكم الفرع كذلك ، فلا يزول الأمر في حفظ الوديعة بالمخالفة فيما بعدها اذا ترك التعدى أيضا لذلك .

قلنا : وان كان مطلقا،[٢٦] الا أنه يتقيد بالعرف ،فيكون معناه احفظ مادمت أمينا،لأن الانسان لا يستودع في العادة خائنا ،فيصير كأمر الله تبارك وتعالى[٢٧] اذا وقته بوقت.[٢٨] ثم الصوم حجة لنا لأنه اذا تعدى في يوم منه بطل الأمر فيه ،[٢٩] فكذلك اذا تعدى في الوديعة وجب أن يبطل الأمر فيها[٣٠] ، ولأن الأمر هناك[٣١] لا يسقط بالجحود[٣٢] ،وهاهنا[٣٣] يسقط بالجحود[٣٤] ولأن الأمر هناك[٣٥] يتجدد في كل يوم ، فوزانه أن يحدث

---

(٢٦) أى وان كان الأمر بحفظ الوديعة مطلقا في الزمن المتفق عليه .

(٢٧) سقط لفظ (تبارك) من نسخة ((ب)) .

(٢٨) حيث يزول الأمر بفوات وقته .

(٢٩) أى في ذلك اليوم ،فلا يجزئه صوم ذلك اليوم وان ترك الأكل في سائره .

(٣٠) أى الأمر بحفظها ،لزوال أمانته عنها بالتعدى ، فاذا أزال تعديه عنها ،لم يعد اليه الأمر بحفظها سائر المدة . فلابد فيها من عقد استئمان جديد .

(٣١) أى في رمضان ،بل يبقى مأمورا به حتى يقضيه .

(٣٢) أى بجحود وجوب الصوم عليه .

(٣٣) أى في الوديعة .

(٣٤) أى وتنقلب يده عنها من يد أمانة الى يد ضمان فيلزمه ردها الى صاحبها في الحال، فاذا تلفت ضمنها مطلقا ،سواء كان بتعد أو بغير تعد ، بفعله أو بفعل غيره ،لأنه صار كالغاصب .

(٣٥) أى في صوم رمضان .

له استئمانا ،(٣٦) والوكيل لا نسلم (٣٧) على أحد الوجهين ، (٣٨) ثم الوكالة تتضمن امانة وتصرفا ، فاذا بطل أحدهما (٣٩) بقى الآخر (٤٠) كملك اليمين اذا بطل فيه الحل (٤١) بقى الملك ، (٤٢) والوديعة لا تتضمن الا الامانة ، (٤٣) فاذا بطلت

---

(٣٦) أى فى الوديعة ، بعد التعدى . لأن بالتعدى انقضى الأمر بالحفظ ، فاحتاج الى أمر جديد بالحفظ ، كما فى صوم رمضان كلما انقضى يوم ، احتاج الى نية جديدة لليوم الذى يليه .
أى وبهذه الفروق يبطل قياسهم الأمر بالوديعة على الأمر بالصوم .

(٣٧) أى بعدم بطلان الوكالة فى بيع ثوب ، فيلبسه .

(٣٨) أصحهما : أنه لا ينعزل بالمخالفة والتعدى . أنظر المنهاج ص ٦٥ .

(٣٩) وهو الامانة .

(٤٠) وهو مطلق التصرف .

(٤١) فى نسخة ((ب)) : الحمل ./ وهو تحريف ./ والمقصود : حل الوطء بأن اشترى بعض محارمه كالأخت والعمة ونحو ذلك .

(٤٢) حيث لا يبطل ببطلان حل الوطئ فى المملوكة .
بجامع تضمن العقد لشيئين اذا بطل أحدهما لا يبطل الآخر ، فى كل من الأصل وهو ملك اليمين ، والفرع وهو الوكالة .
ولما كان حكم الأصل عدم بطلان ملك اليمين ببطلان الحل فيه ، كان حكم الفرع كذلك فلا تبطل الامانة فى الوكالة لبطلان التصرف أيضا لذلك .

(٤٣) لأن القصد منها الحفظ لصاحبها فقط .

لم يبق شيء ، كالنكاح اذا بطل منه الحل (٤٤).

قالوا : يده كيده (٤٥) ، فصار كما لو رده (٤٦) اليه (٤٧).

قلنا : يده كيده مادام أمينا ، فأما اذا خرج عن الأمانة فلا ، كما قالوا في المستأجر والمستعير (٤٨).

---

(٤٤) حيث يبطل العقد به، كما اذا تزوج امرأة ثم تبين انها اخته من النسب أو الرضاع .

بجامع تضمن العقد لشئ واحد اذا بطل بطل به العقد ، في كل من الأصل وهو النكاح ، والفرع وهو الوديعة .

ولما كان حكم الأصل بطلان النكاح ببطلان حل الوطء فيه ، كان حكم الفرع كذلك فتبطل الوديعة لبطلان الامانة فيها أيضا لذلك .

والمقصود: ان بين الاصل والفرع في قياسهم عدم ضمان الوديع اذا خالف المودع ثم ترك التعدى ، على عدم بطلان الوكالة في الوكيل اذا خالف ثم ترك المخالفة ، فارقا فيبطل به .

(٤٥) أى يد الوديع كيد المودع فاذا تعدى الوديع صار كما لو رد الوديعة الى صاحبها .

(٤٦) أى الشئ المودع .

(٤٧) أى الى المودع ، حيث يبرأ من ضمانها اذن .

بجامع ان يد الوديع كيد المودع في كل من الأصل وهو مالو رد الوديعة الى صاحبها ، والفرع وهو مالو تعدى عليها ثم ترك التعدى .

ولما كان حكم الأصل عدم وجوب الضمان عليه اذا رد الوديعة فتلفت عند صاحبها ، كان حكم الفرع كذلك فلا يجب الضمان على الوديع اذا تعدى ثم ترك التعدى أيضا لذلك .

(٤٨) أى اذا تعديا فيما تعاقدا عليه ، كما قالوا فيمن استأجر دابة أو استعارها الى الكوفة فجاوز بها الى القادسية ثم ردها الى الكوفة ، حيث لا يسقط عنه به الضمان عندهم . أنظر الهداية جـ٨ ص ٢٩ .

مسألة (٢٤٩) : اذا أودع صبيا شيئا فأتلفه ضمن (١) على المشهور (٢) ./١٧٣ى

وقال أبو حنيفة : لا يضمن. (٣)

لنا : ان من ضمن المال بالاتلاف قبل الايداع ضمنه به بعد الايداع، كالبالغ، (٤)

---

(١) أى ان اتلفه لا ان تلف عنده . كما فى القليوبى جـ٣ ص١٨١ .

(٢) وعبر عنه فى المنهاج ص ٩٢ بالأصح . وأنظر الوجيز جـ١ ص ٢٨٤ .

(٣) أى اصلا لا قبل البلوغ ولا بعده . سواء فرط أو لم يفرط ، اذن له أهله بايداعها عنده أو لم يأذنوا . وخالف أبو يوسف فأوجب على الصبى الضمان .

ومحل الخلاف معه: هو ما اذا كان الصبي مميزا ، والا فلا ضمان عليه اتفاقا عندهم .

مجمع الأنهر جـ٢ ص ٣٤٤ ، حاشية الشلبي جـ٥ ص٧٦ . المبسوط : جـ١١ ص ١١٨ .

وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى جـ٢ ص٤٥٥ . كشاف القناع جـ٤ ص١٩٧ .

وذكر فى المغنى جـ٦ ص ٤٥٢ رواية أخرى انه لا يضمن .

وبه يقول المالكية أيضا :

أنظر: الشرح الكبير جـ٣ ص ٤٣٢ . الجواهر جـ٢ ص١٤٤ . شرح المنح : جـ٣ ص ٤٨٣ .

ولم أقف على قول ابن حزم فى هذه المسألة.

(٤) حيث يضمن بالايداع .

بجامع وجوب الضمان بالاتلاف قبل الايداع ، فى كل من الأصل وهو البالغ، والفرع وهو الصبي .

ولما كان حكم الأصل وجوب الضمان عليه بعد الايداع ، كان حكم الفرع كذلك فيجب الضمان على الصبي بعد الايداع أيضا لذلك .

ولأن ماضمنه بالا تلاف قبل الايداع، ضمنه (٥) بعد الايداع،كالعبد. (٦)

قالوا: عادة الصبي الاتلاف ، فاذا أودعه فقد رضي باتلافه (٧) ،فأشبه اذا قدم الشعيرالى الحمار ، أو اللحم الى السنور. (٨)

قلنا : مارضي باتلافه ،بل أمره بحفظه غير أنه (٩) أساء في الاستحفاظ ،فهو كما لو أودع المال خائنا أو الخبز جائعا، (١٠) ثم هذا (١١) يبطل بـ

---

(٥) سقط قوله (ضمنه بعد الايداع) من نسخة ((ب)) .

(٦) حيث يضمن بالايداع .
بجامع الضمان بالاتلاف قبل الايداع ،في كل من الأصل وهو العبد والفرع وهو الصبي .
ولما كان حكم الاصل وجوب الضمان عليه بعد الايداع ، كان حكم الفرع كذلك فيجب الضمان على الصبي بعد الايداع أيضا لذلك .

(٧) لانه سلطه على اتلافه بايداعه عنده .

(٨) حيث لا يجب على صاحب الحمار ضمان الشعر ولا اللحم المذكور.
بجامع الرضا باتلافه ،في كل من الاصل وهو تقديم الشعير للحمار أواللحم للسنور ، والفرع وهو استيداع الصبي .
ولما كان حكم الاصل عدم وجوب الضمان به كان حكم الفرع كذلك ،فلا يجب الضمان على الصبي باتلاف الوديعة أيضا لذلك .

(٩) أى صاحب الوديعة .

(١٠) حيث لا يسقط به الضمان عنهما وان اساء في الاستيداع.
بجامع الأمر بالحفظ . في كل من الاصل وهو مالو استودع خائنا أواستودع الخبزعند جائع، والفرع وهو مالو استودع صبيا .
ولما كان حكم الاصل عدم سقوط الضمان عنهما وان أساء باستحفاظهما ، كان حكم الفرع كذلك فلا يسقط الضمان عن الصبي وان أساء في استيداعه أيضا لذلك .

(١١) أى جعل عادة الاتلاف في الصبي ،سببا في اسقاط الضمان عنه .

اذا القى ماله فى الطريق (١٢) فأتلفه انسان (١٣) .

قالوا : ضمان يختص الأموال ، فلم يجب على الصبي ، كالتضييع (١٤) .

قلنا : انما لم يضمن بالتضييع لانه لا يلزمه الحفظ بقبوله (١٥) ، فهو كالبالغ اذا لم يقبل (١٦) لم يضمن بالتضييع (١٧) ، ثم يضمن بالاتلاف (١٨) .

* مسألة (٢٥٠) : اذا سرقت الوديعة من المودع والمغصوب من الغاصب لم يجز لهما مخاصمة السارق (١) . ١٧٣/٠ ش .

---

(١٢) وهو محل لاتلاف مايلقى فيه من المال .

(١٣) حيث لا يسقط عنه الضمان ، وان كان الشأن فى الطريق ان تتلف فيه الأموال . فبطل أن يكون ماذكروه علة للحكم جامعا بين الأصل والفرع لقصوره .

(١٤) حيث لا يجب عليه الضمان باضاعة المال المودع عنده .
بجامع ان كلا ضمان يختص الأموال ، اما الاصل فالتضييع ، واما الفرع فالايداع .
ولما كان حكم الأصل عدم وجوب الضمان على الصبي بتضييعه المال ، كان حكم الفرع كذلك فلا يجب عليه الضمان باتلافه الوديعة أيضا لذلك .

(١٥) اذ لاصحة لعبارته ، فكان قبوله كلا قبول .

(١٦) أى الاستيداع عنده .

(١٧) لأنه لم يلتزم حفظها ، فلا عدوان منه عليها .

(١٨) لأن الضمان بالاتلاف من باب خطاب الوضع ، فلا يعتمد البلوغ ولا العقل ، فيستوى فى الضمان به الصبي والبالغ .

(١) أى بل لابد من حضور المستودع والمغصوب منه مجلس الحكم ليخاصم بنفسه عن ماله .
وقد نص فى القليوبى جـ٢ ص٢٤٢ على أنه لا يجوز للمأذون المخاصمة عن نحو غصب أو سرقة مال الاذن ، فأولى الوديع والغاصب .

وقال أبو حنيفة : لهما مخاصمته ، ويقطع السارق بخصومتهما.(٢)

لنا : هو(٣) انه جناية توجب عقوبة ، فلا يجوز للمودع الخصومة في اثباتها(٤) بحكم الايداع كالقتل(٥) ، ولأن من لا يخاصم اذا ادعى عليه(٦) ملك العين ، لم يخاصم(٧) اذا سرق منه العين كالسارق(٨) ، ولانه

---

(٢) خلافا لزفر.
أنظر: الهداية جـ٥ ص ١٥٩ كتاب السرقة ، فصل في كيفية القطع واثباته . التبيين جـ٣ ص ٢٢٧ والتي تليها . مجمع الأنهر جـ١ ص ٦٢٤ . المبسوط جـ١١ ص ١٢٤ .
ولم أقف على قول الحنابلة ولا على قول ابن حزم هنا .

(٣) سقط لفظ (هو) من نسخة ((ب)) .

(٤) في نسخة ((ب)) : في اثنائها ./ وهو تصحيف من الناسخ .

(٥) حيث لا يثبت للوديع الخصومة في اثبات قتله اذا كانت الوديعة عبدا . بجامع ان كلا جناية توجب عقوبة ، اما الاصل فالقتل ، واما الفرع فالسرقة والغصب .
ولما كان حكم الاصل عدم ثبوت حق الخصومة في القتل للوديع بالايداع كان حكم الفرع كذلك ، فلا يثبت للوديع الخصومة في سرقة الوديعة أيضا لذلك .

(٦) أي ادعى عليه شخص ان هذه الوديعة له .

(٧) زاد في نسخة ((ب)) : يعني اذا استحق .

(٨) حيث لا يخاصم في اثبات ملكه للعين المسروقة اذا سرقها منه آخر . بجامع عدم ثبوت حق الخصومة اذا ادعى عليه شخص ملك العين ، في كل من الأصل وهو السارق اذا سرقت منه العين المسروقة ، والفرع وهو الوديع . ولما كان حكم الاصل عدم صحة مخاصمة السارق لمن سرق منه المال المسروق كان حكم الفرع كذلك فلا يصح للوديع مخاصمة سارق الوديعة أيضا لذلك .

لو كانت (٩) الخصومة من مقتضى الايداع لضمن (١٠) بتركها ، كالحفظ (١١) .

قالوا : المودع له حق اليد (١٢) للحفظ ، والغاصب له حق اليد ، ليتمكن من الرد ، فاذا ازيلت اليد (١٣) ، جاز أن يخاصم لاعادتها كالمالك (١٤) .

قلنا : المالك يجوز ان يخاصم فى قتله (١٥) ، وهذا (١٦) لا يخاصم (١٧) ، والمالك يخاصم إذا ادعى عليه العين (١٨) ، وهذا (١٩) لا يخاصم (٢٠) .

---

(٩) فى الأصل (لو كان) بدون تاء التأنيث.

(١٠) أى الوديع .

(١١) حيث يضمن بتركه . أى والحال انه لا يضمن بترك الخصومة عن الوديعة المسروقة ، فدل على انه ليس له المخاصمة فيها .

(١٢) أى حق امساك الوديعة .

(١٣) أى يد الوديع والغاصب ، بأن سرقت منهما .

(١٤) حيث له المخاصمة فى ماله ، لثبوت يده عليه .
بجامع ثبوت حق اليد فى كل من الأصل وهو المالك والفرع وهو الوديع.
ولما كان حكم الأصل صحة مخاصمة المالك فى اعادة اثبات يده على ماله المسروق ، كان حكم الفرع كذلك فللوديع والغاصب حق المخاصمة لاعادة اثبات يدهما على المال ليتمكنا من الرد لصاحبه أيضا لذلك .

(١٥) أى فيما لو كانت الوديعة عبدا فقتله شخص .

(١٦) أى الوديع أو الغاصب .

(١٧) أى فى اثبات القتل .
وفى نسخة ((ب)) : وهذا لا يجوز .

(١٨) أى اذا ادعى عليه شخص ان المال له .

(١٩) أى الغاصب أو الوديع .

(٢٠) أى ومن لا يخاصم اذا ادعى عليه ، لا يكون خصما اذا سرق العين .
أو من لا يصلح أن يكون مدعى عليه ، لا يصلح أن يكون مدعيا .
أى وبثبوت الفارق المذكور بين الأصل والفرع يبطل قياسهم الوديع على المالك فى صحة الخصومة عن الوديعة .

قالوا : لا يتوصل الى المأمور (٢١) الا بها (٢٢) ، فكان الأمر به أمرا بها ، كالطهارة للصلاة. (٢٣)

قلنا : يبطل به اذا قال : خذ مالي من زيد واحفظه. (٢٤)

---

(٢١) وهو حفظ الوديعة .

(٢٢) أي بالمخاصمة ، اذ هي الطريق لاستعادة يده على الوديعة اذا سرقت ، أو على المغصوب اذا سرق .

(٢٣) حيث يكون الامر بالصلاة أمراً بالطهارة أيضا ضمنا .
بجامع عدم التوصل الى المأمور الا به في كل من الأصل وهو الطهارة للصلاة والفرع وهو حفظ الوديعة .
ولما كان حكم الأصل كون الأمر بالصلاة أمرا بالطهارة لها ، كان حكم الفرع كذلك فيكون الأمر بالوديعة أمرا بالمخاصمة فيها أيضا لذلك .

(٢٤) حيث لا يتوصل الى حفظه الا بأخذه من زيد ، ومع ذلك لا يثبت له بهذا اللفظ حق مخاصمة زيد في اثباته للموكل . فلم يكن الأمر بأخذه منه أمرا بالمخاصمة فيه . أي فبطل اعتبار الوصف الذي جعلوه علة جامعة في قياسهم لتخلف الحكم عنه ، مع وجوده في الأمر بأخذ المال من زيد ليحفظه .

* مسـائل الغصـب * (*)

* مسألة (٢٥١) : اذا فقأ[1] عين دابة لزمه ارش[2] مانقص.[3] /١٧٣ى.

(*) فى نسخة ((ب)) : بسم الله الرحمن الرحيم ، مسائل الغصب .
والغصب بفتح فسكون هو أخذ الشئ على وجه القوة والقهر ظلما ، تقول : غصبه غصبا ، من باب ضرب ، فهو غاصب ، والجمع غصاب ، ككافر وكفار.
والغصب يتعدى الى مفعولين ، كقولك : غصبته ماله ، وقد تزاد فيه " من " فى المفعول الأول ، تقول : غصبت منه ماله ، ويقال : غصب الرجل المرأة نفسها ، اذا زنى بها كرها ، وكذلك : اغتصبها نفسها .
أنظر المصباح جـ٢ ص١٠١.
وهو فى الشرع : الاستيلاء على حق الغير عدوانا .
ويرجع فى تحديد الاستيلاء الى العرف .
ويدخل فى هذا : أخذ مال الغير على وجه المحاباة وهو كاره له ، فهو فى معنى الغصب . كما قال الزركشى . أى فلا يملكه ولا يحل له التصرف به .
والغصب حرام وان قل المغصوب .
والاصل فى تحريمه الكتاب والسنة والاجماع .
أما الكتاب فقول الله تعالى : (ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل) . وقال تعالى : (ويل للمطففين) فاذا تهددهم على غصب القليل فكيف بالكثير.
وأما السنة فقوله صلى الله عليه وسلم : ان دماكم وأموالكم حرام عليكم . . الحديث .
رواه مسلم جـ٢ ص ٨٨٩ كتاب الحج ، باب حجة النبي صلى الله عليه وسلم . رقم الحديث / ١٤٧.
وقوله صلى الله عليه وسلم أيضا : من ظلم قيد شبر من الأرض طوقه من سبع أرضين .
=

. . . .

= رواه مسلم جـ٣ ص ١٢٣٢ ،كتاب المساقاة ،باب تحريم الظلم وغصب الأرض وغيرها . رقم الحديث / ١٤٢ .

وقد انعقد الاجماع على تحريم أخذ أموال الناس ظلما ، كما فى المراتب ص ٥٩ ورحمة الأمة ص ١٦٨ .

وأنظر فى مجمل ماذكرنا مغنى المحتاج جـ٢ ص ٢٧٥ . المغنى جـ٥ ص١٧٧ .

(١) بفتحتين ،أى بخقها وبخصها . وبابه : قطع ،تقول : فقأ عين فلان يفقأها فقأ . وفقأها بتشديد القاف ،تفقئه ،مثلها أيضا .

أنظر المختار ص ٥٠٨ . والمصباح جـ ٢ ص ١٣٥ .

(٢) دية مانقص ، والجمع اروش ،كفلس وفلوس ،وأصل الارش الفساد ،يقال : ارش فلان بين القوم تأريشا ، اذا أفسد قلوب بعضهم على بعض . ثم استعمل فى النقصان الطارئ على الاعيان ،لانه فساد فيها .

ويقال ان أصل ارش : هرش ،بالهاء . أنظر المصباح جـ١ ص١٥ .

(٣) بأن تقوم الدابة صحيحة ثم تقوم وعينها مفقوءة ،ففارق مابينهما هو الأرش .

أنظر: المختصر ص ١١٧ . الأم جـ٣ ص ٢٤٥ . الوجيز جـ١ ص ٢٠٨ .

وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى جـ٢ ص٤٠٧ . كشاف القناع جـ٤ ص٩٩ .

وذكر فى المغنى جـ٥ ص ١٨٤ عن أحمد رواية أخرى انها تضمن بربع قيمتها ، اذا كانت غير مأكولة اللحم ،كالفرس والبغل والحمار ،والا كالبعير والبقرة والشاة ،فتضمن بالارش .

وذهب المالكية الى انه مخير بين الارش ،وبين تركها للغاصب ،وأخذ قيمتها يوم الغصب .

أنظر: الشرح الكبير جـ٣ ص٤٥٤ . الجواهر جـ٢ص١٥١ . شرح المنح جـ٣ص٥٣٧ .

وعن أشهب ان صاحبها مخير بين أخذها ولا ارش ،وبين أخذ قيمتها فقط.

والمذهب الأول وهو لابن القاسم .

وبلزوم الارش فيه يقول ابن حزم أيضا : المحلى جـ٨ ص ٥٨٩ .

وقال أبو حنيفة : يلزمه ربع[٤] القيمة استحسانا .[٥]

لنا : هو انه جناية على غير الآدمي فلم يضمن بمقدر كالجناية على اليد والرجل[٦] ، والجناية على الحمار والبغل[٧] ولأنه لو ضمن العين بمقدر

---

(٤) في الأصل ونسخة ((ب)) : دفع القيمة . / وهو تحريف .

(٥) ومحله ما لم تكن شاة والا بان كانت شاة ففيها أرش ما نقص من قيمتها سواء كانت لقصاب أو لم تكن لأن القصد منها اللحم ، بخلاف الابل والحمار والفرس ففيها ربع القيمة لانها تقصد للحم والجمال والعمل والزينة .

أنظر : الهداية جـ٩ ص٤٦٥ والتي تليها . التبيين جـ ٦ ص ١٥٣ حاشية الشلبي عليه مجمع الأنهر جـ٢ ص ١٦٥ في الجنايات باب جناية البهيمة والجناية عليها .

(٦) زاد في نسخة ((ب)) : يعني يد الفرس ورجله .

(٧) في نسخة ((ب)) : على الحمار والفعل . / وهو تحريف .

حيث لا يضمن ذلك منها بمقدر وانما يضمن بالارش .

بجامع ان كلا جناية على غير الآدمي ، اما الاصل فالجناية على يد الفرس ورجله أو على الحمار والبغل ، واما الفرع فهو الجناية على عين الدابة بفقئها .

ولما كان حكم الاصل عدم التقدير في ضمانها ، كان حكم الفرع كذلك فلا تضمن عين الدابة بمقدر أيضا لذلك .

لضمنت (٨) بنصف القيمة ، كما نقول فى الحر والعبد (٩) .

احتجوا : بأن عثمان قضى فيها بربع القيمة (١٠)، والقياس لا يقتضيه (١١)،
فدل على أنه توقيف .

---

(٨) فى نسخة ((ب)) : لضمنه بنصف القيمة . / لأن القاعدة ان ماكان فى الجسم منه شئ واحد ففيه الدية كاللسان والأنف والذكر ، وما فيه منه شيئان ففى الجناية على أحدهما نصف الدية كالعينين والاذنين واليدين والرجلين . انظر منهج الطلاب ص ١١٧ بهامش المنهاج .

(٩) من أنه تضمن العين فيهما بالنصف ، اما العبد فبنصف قيمته ، واما الحر فبنصف ديته .

(١٠) هذا مروى عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه ، رواه البيهقى جـ٦ ص ٩٨ كتاب الغصب باب لا يملك أحد بالجناية شيئا جنى عليه الا أن يشاء هو والمالك .
ولفظه : قال عمر بن الخطاب رضى الله عنه : فى عين الدابة ربع ثمنها .-
ثم قال البيهقى - : وهذا منقطع - قال : وروى عن ابراهيم النخعى عن عمر أنه كتب به الى شريح . وهو أيضا منقطع .
ورواه جابر الجعفى وهو ضعيف ، عن الشعبى عن شريح ان عمر رضى الله عنه كتب اليه بذلك .
ورواه مجالد عن الشعبى قال : كتب عمر رضى الله عنه الى شريح وهو منقطع . أهـ
قلت : ابراهيم النخعى لم يدرك عمر ، ولذلك فهو منقطع .
والشعبى لم يدرك عمر أيضا ، فكان منقطعا لذلك .
ولم يذكره فى التلخيص عن عثمان أصلا بل عن عمر بن الخطاب . وعن زيد بن ثابت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى فى عين الفرس بربع ثمنه ، وفى اسناده أبو أمية بن يعلى وهو ضعيف . أنظر التلخيص جـ٣ ص ٥٠ رقم / ١٢٧٣ .

(١١) لأن ماكان فى الجسم منه شيئان قضى فى الواحد منه بالنصف اذا تلف ، =

قلنا : لعله بلغ ارش النقصان ربع القيمة (١٢)، كما قضى في العين القائمة (١٣) بخمسين دينارا (١٤) وكان ذلك على وجه الحكومة (١٥).

= أو يقضي فيه بما نقص قيمة الدابة ، هذا حكم العقل ، وان قد عدل عنه الى الربع ، دل ذلك على أنه فعله لنص وقف عليه ، ولم نعرفه ، فوجب العمل به لذلك .

(١٢) أي في ذلك الحيوان ، أي فتكون واقعة حال فلا تجعل أصلا يقاس عليها غيرها .
واذا دخل الاحتمال في الدليل بطل به الاستدلال .

(١٣) أي التي ذهب بصرها وبقيت سليمة في الظاهر .

(١٤) أي اذا جني عليها شخص وهي بهذه الحال .

(١٥) أي على وجه الاجتهاد فيها ، وانما سميت حكومة لثبوتها بحكم الحاكم ، حتى لو اجتهد غيره في ذلك لم يكن له أثر في تغيير حكمه . أنظر مغني المحتاج جـ٤ ص ٧٧ .
وقال القليوبي : جـ٤ ص ١٤٣ . سميت بذلك لتوقفها على حاكم أو محكم ، حتى لو وقعت بغيرها لم تعتبر - ، ثم قال : - كذا قالوه ، وفيه نظر ، لأنه يبعد أن يقال بعدم وقوعها الموقع ، لو دفعها الجاني أو أخذها المجني عليه منه بلا حاكم . على أن في دخول الحاكم فيها نظرا ، لأنها المعتبر فيها النسبة التي مرجعها الى أهل الخبرة لا الى الحاكم . - ثم قال - : نعم توقف مالا نسبة فيه على الحاكم ظاهر . أهـ.
وتعريفها كما في المنهاج ص ١٢٧ : هي جزء نسبته الى دية النفس وقيل الى عضو الجناية نسبة نقصها من قيمته لو كان رقيقا بصفاته . أهـ

* مسألة (٢٥٢) : اذا قطع يدى عبد ، ضمن قيمته من غير أن يسلم اليه العبد .(١) /١٧٣ش.

وقال أبو حنيفة : اما أن يمسك العبد ولاشئ له ، أو يسلمه ويطالبه بالقيمة .(٢)

لنا : هو انه جناية على ملك غيره ، فلم يكن من شرط أخذ البدل تسليم المجنى عليه ، كما لو قطع احدى يديه .(٣)

---

(١) الأم جـ٣ ص ٢٤٦ . المختصر ص ١١٧ . فتح العزيز جـ١١ ص ٢٥٧ . مغنى المحتاج جـ٢ ص ٣٨١ .
وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى جـ٢ ص ٤٠٧ . كشاف القناع جـ٤ ص ١٠٠ .
المغنى جـ٥ ص ١٨٦ .
وذهب المالكية الى أن له أخذه وأخذ ارش نقصه ، وله تركه للغاصب ، وأخذ قيمته . أنظر : الشرح الكبير جـ٣ ص ٤٦٠ . الجواهر جـ٢ ص ١٥٣ . شرح المنح جـ٣ ص ٥٥٤ .
وبقول الشافعية يقول ابن حزم : المحلى جـ٨ ص ٥٨٩ و ص ٥٩٦ .

(٢) وذهب الصاحبان الى أنه : ان شاء امسك العبد وأخذ مانقصه ، وان شاء دفع العبد وأخذ قيمته . كما نص على ذلك الزيلعى .
الهداية جـ٩ ص ٢٩٣ . فى الجنايات ، فصل الجناية على العبد . التبيين : جـ٦ ص ١٦٤ . مجمع الأنهر جـ٢ ص ٦٧٣ .

(٣) حيث لا يجب تسليم العبد للغاصب بقطع يد واحدة .
بجامع الجناية على ملك الغير فى كل من الأصل وهو مالو قطع احدى يدى العبد المغصوب ، والفرع وهو مالو قطع كلتا يديه .
ولما كان حكم الاصل عدم وجوب تسليم العبد للغاصب بضمان يده .
كان حكم الفرع كذلك فلا يجب عليه تسليمه بضمان كلتا يديه أيضا لذلك .

قالوا : لو قلنا انه يملك العين والقيمة جمعنا بين البدل والمبدل ، فيما يصح نقل الملك فيه وهذا لا يجوز ، كما قلنا فى المبيع (٤) وكما قلنا فيمن استولد جارية ابنه وغرم قيمتها . (٥)

قلنا : القيمة ليست بدلا عن العبد (٦) ، وانما هى بدل عن اليدين ، الا أنه قدر ببدل النفس كما قدر بدل اليدين فى الدية (٧) ببدل النفس (٨) ، وكمهر المرأة (٩) ، قدر بمهر مثلها ، ومالا يتقدر ارشه من الحر (١٠) ، يعتبر بقيمة العبد (١١) ، فلا يكون جمعا بين البدل والمبدل ، ويخالف

---

(٤) أى من انه يجب عليه تسليم الثمن بتسليم المبيع . لأنه بدل عنه ولا يجوز له الجمع بين الثمن والمثمن .

(٥) حيث تصبح بعد الغرم ملكا للأب . كى لا نجمع بين البدل والمبدل .

(٦) أى الذى قطعت يداه .

(٧) أى فيما لو كان المجنى عليه حرا .

(٨) حيث يجب بقطع يدى الحر دية كاملة .
بجامع ان كلا بدل عن اليدين ، اما الاصل فالدية فى قطع اليدين من الحر واما الفرع فالقيمة فى قطع يدى العبد .
ولما كان حكم الاصل وجوب الدية فيه مقدرة ببدل النفس ، كان حكم الفرع كذلك فتجب القيمة فى العبد بدلا عن اليدين أيضا لذلك .

(٩) أى اذا كان فاسدا ، كأن اصدقها خمرا أو خنزيرا .

(١٠) أى فيما لو جنى عليه شخص جناية غير مقدرة فى الشرع .

(١١) بأن يفرض الحر عبدا ، فيقوم سليما من الجناية ، ثم يقوم وهى به ، فيكون فارق ما بينهما هو الواجب فى تلك الجناية .

ماقاسوا عليه ، فان هناك (١٢) لا يجوز أن يجمع بين (١٣) نصف العين ونصف البدل ، وهو اذا باع نصفه (١٤) أو استولد جارية بينهما (١٥) ، وها هنا (١٦) يجوز أن يجمع بين العين ونصف البدل ، وهو (١٧) اذا قطع احدى اليدين (١٨) ، فجاز أن يجمع بين العين وجميع البدل (١٩) .

* مسألة (٢٥٣) : اذا خرق ثوبا (١) ضمن ارش ما نقص (٢) . / ١٧٤ ى .

---

(١٢) أى فى البيع واستيلاد الأب جارية ابنه .

(١٣) سقط قوله (بين) من نسخة ((ب)) .

(١٤) أى نصف العبد .

(١٥) أى مشتركة بين مالكين ، حيث لا يجوز له استيلادها لانها ليست خالصة له ، لمشاركة الاخر له فيها . فلا يجوز له الجمع بين الملك والاستمتاع فيها هنا لذلك .

(١٦) أى فى العبد المغصوب .

(١٧) سقط قوله (وهو) من نسخة ((ب)) .

(١٨) حيث يجوز له أخذ العبد ونصف قيمته .
أى وهذا فارق بين الاصل وهو البيع واستيلاد جارية الابن اذا غرم قيمتها .
والفرع وهو قطع يدى العبد المغصوب . فيبطل به قياسهم المذكور .

(١٩) أى ها هنا فى مسألة ما لو قطع الغاصب يدى العبد المغصوب .

(١) فى نسخة ((ب)) : حرق ثوبا . / بالحاء والراء المهملتين . / والثوب مذكر يجمع على أثواب وثياب ، وهو ما يلبسه الناس من كتان وحرير وصوف وقطن وفرو ونحو ذلك ، واما الستور ونحوها فليست بثياب بل امتعة البيت .أهـ المصباح جـ١ ص٩٦ .

(٢) أى من قيمة الثوب . سواء كان الخرق كبيرا أو صغيرا .
أنظر: الأم جـ٣ ص٥ ٢٤ . المختصر ص١١٧ . الوجيز جـ١ ص٢١٠ . =

وقال أبو حنيفة : ان كان كثيرا (٣) فهو بالخيار ان شاء ضمنه أرش

= وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى جـ٢ ص ٤٢٠ ، كشاف القناع جـ٤ ص ١١٩ ،
المغنى جـ٥ ص ١٩٥ .
وذهب المالكية الى أنه يلزمه رفو الثوب أى اصلاحه ، ثم يضمن ارش مانقصه بعد الرفو ان كان يسيرا ، واما ان كان الخرق كبيرا فقيل : يلزمه رفوه ثم دفع الارش ، وقيل : بل تلزمه القيمة فقط ، لاحتمال زيادة اجرة الرفو على قيمته ، فيظلم الجانى . الأول كلام المتقدمين ، وبالثانى يقول ابن يونس .
أنظر : شرح المنح جـ٣ ص ٥٥٥ . الجواهر جـ٢ ص ١٥٢ . حاشية الدسوقى جـ٣ ص ٤٦١ .
وبلزوم الارش يقول ابن حزم أيضا : أنظر المحلى جـ٨ ص ٥٧٧ .

(٣) وقد اختلف المذهب فى تحديد الخرق الكثير والقليل ، على أقوال :
الأول : ان الكثير هو مايوجب نقصان ربع القيمة ، ومالا فيسير .
الثانى : ان الكثير ماتنقص به نصف القيمة ، لاستواء الصحيح والهالك منه .
الثالث : ان الكثير هو ما يفوت به بعض العين وجنس المنفعة ويبقى بعض العين وبعض المنفعة . واليسير مالايفوت به شئ من المنفعة وانما يدخل فيه نقصان فى المنفعة .
الرابع : ان الكثير هو المستأصل للثوب ، وهو ان لا يصلح الثوب بعده الا لجعله خرقا ولا يرغب فى شرائه .
الخامس : يرجع فى تحديد ذلك الى الخياطين .
السادس : ان كان طولا فكثير ، وان كان عرضا فيسير .
وثالثها هو الصحيح . كما فى التبيين جـ٥ ص ٢٢٩ . ومجمع الأنهر : جـ٢ ص ٤٦٢ .

النقص[٤] وان شاء سلم الثوب وضمنه قيمته[٥] .

لنا : هو أنه أتلف جزءا من جملة ، فلا يضمن الجميع ، كما لو كان قليلا ،[٦] ولأنه لو ثبت له الخيار[٧] لثبت بالقليل ، كالمشترى فى حق[٨] المبيع[٩] .

قالوا : العين بالمنافع ،[١٠] فاذا[١١] ذهب معظم المنفعة بطل مقصوده[١٢] ،

---

(٤) فى نسخة ((ب)) : ارش مانقص .

(٥) الهداية جـ٨ ص ٢٦٧ . التبيين جـ٥ ص ٢٢٨ . مجمع الأنهر جـ٢ ص ٤٦٢ .

(٦) حيث لا يضمن به جميع الثوب ، بل ارش مانقص منه .
بجامع اتلاف جزء من جملة ، فى كل من الاصل وهو مالو اتلف قليلا من الثوب ، والفرع وهو مالو اتلف كثيرا منه .
ولما كان حكم الاصل وجوب ضمان ارش الثوب دون قيمته كله ، كان حكم الفرع كذلك فيجب ضمان ارشه باتلاف كثير منه أيضا لذلك .

(٧) أى بين أخذ الارش مع الثوب ، أو تركه وأخذ قيمته .

(٨) فى الأصل : فى خرق المبيع . / والصحيح ماأثبتناه من نسخة ((ب)) .

(٩) حيث يثبت للمشترى الخيار فيه بالعيب القليل والكثير .
أى والحال انه لا يثبت للمغصوب منه الخيار فى القليل ، فلا يثبت له الخيار فى الكثير أيضا .

(١٠) جار ومجرور متعلق بمحذوف تقديره : مقدرة أو تقدر فاذا كثرت منافعها زادت قيمتها والعكس بالعكس .

(١١) فى نسخة ((ب)) : واذا ذهب .

(١٢) أى مقصود المالك من تلك العين ، وهو الانتفاع بها .

فجاز أن يضمن[١٣] الجميع ، ولهذا لو بل حنطته[١٤] أو أبق عبده،[١٥] أو قطع[١٦] يده ضمنه قيمة الجميع .[١٧]

قلنا : الحنطة المبلولة تعرضت للهلاك ، وتداعى فيها الفساد[١٨] ، فهو كالهالك[١٩].

---

(١٣) أى الغاصب .

(١٤) أى حنطة المغصوب منه .

(١٥) أى عبد المغصوب منه .

(١٦) أى لو قطع الغاصب يدى العبد المغصوب .

(١٧) لتفويته جميع منافع الحنطة لسراية الفساد اليها بالعفونة بوصول الماء اليها ، وتفويته جميع منافع العبد باباقه أو قطع يديه .

(١٨) لسريان العفونة فيها من البل .

(١٩) فى نسخة ((ب)) : كالهلاك ./ حيث يجب عليه ضمان قيمتها بالهلاك .

بجامع التعرض للهلاك فى كل من الاصل وهو مالو هلك المغصوب فى يد الغاصب ، والفرع وهو مالو بل الغاصب الحنطة المغصوبة .

ولما كان حكم الاصل وجوب جميع القيمة به ، كان حكم الفرع كذلك فيجب جميع القيمة فى الحنطة المبلولة أيضا لذلك .

والمقصود ان بين الاصل وهو الحنطة المبلولة ، والفرع وهو الثوب المخروق فارقا وهو ان الحنطة هالكة بالسراية ، ولا كذلك الثوب اذ ينتفع به بعد الخرق ، فيبطل به قياسهم المذكور.

والأبق حال بينه (٢٠) وبين جميعه (٢١)، فغرم قيمة الجميع (٢٢)، وهاهنا (٢٣) التلف حصل في البعض (٢٤)، والقيمة في يدى (٢٥) العبد، بدل عما اتلف (٢٦)، وهاهنا (٢٧) بدل عما لم يتلف (٢٨).

* مسألة (٢٥٤): تضمين الابق (١) لا يوجب التمليك (٢) ، / ١٧٤ ى.

---

(٢٠) أى بين المالك.

(٢١) أى العبد المملوك.

(٢٢) لفوات جميع الانتفاع باباقة، أى ولا كذلك الثوب المخروق لبقاء الانتفاع به مع الخرق، وهذا فارق بين الاصل والفرع في قياسهم الثوب المخروق على العبد الابق، فيبطل به أيضا.

(٢٣) أى في الثوب المخروق.

(٢٤) أى فلا يصح أن يضمن الجميع.

(٢٥) في نسخة ((ب)): في بدل العبد. / وهو خطأ والصواب مافي الأصل.

(٢٦) وهو منفعة يديه.

(٢٧) أى في ضمان ارش الثوب المخروق.

(٢٨) أى من الثوب.
أى وهذا فارق بين الأصل وهو قطع يدى العبد والفرع وهو خرق الثوب، فيبطل به قياسهم المذكور.

(١) أى تضمين الغاصب قيمة العبد الأبق.

(٢) زاد في نسخة ((ب)): يعني لمن سعى في اباقه، فغرم قيمته. / ومراده في الأصل: ان تضمين الغاصب قيمة العبد الابق لا يوجب تمليك العبد له فيما اذا قدر على العبد بعد التضمين، بل يعود الى مالكه ويأخذ =

وقال أبو حنيفة : يوجب .(٣)

لنا : هو انه غرم ماتعذر عليه رده لخروجه من يده ، فلا يملكه ، كالمدبر ،(٤)

= الغاصب القيمة التي دفعها للمغصوب منه ، لانها دفعت لاجل الحيلولة بين الغاصب وماله المغصوب ، وليس عوضا عن المال المغصوب.
أنظر المسألة فى : المختصر ص ١١٨ . فتح العزيز جـ١١ ص٢٨٤ .
وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى جـ٢ ص٤٢٠ . كشاف القناع جـ٤ ص١٢٠ .
المغنى جـ٥ ص٢٠٥ .

(٣) الهداية جـ٨ ص٢٧٢ . التبيين جـ٥ ص٢٣٠ . مجمع الأنهر جـ٢ ص٤٦٤ .
وهو قول المالكية ؛ ومحله: مالم يموه أو يكذب الغاصب فى دعواه اباق المغصوب والا فلا يملكه اذا رجع ، بل للمغصوب فيه رد القيمة عليه وأخذ عين ماله .
أنظر: الشرح الكبير جـ٣ ص٤٥٥ . والتى تليها . الجواهر جـ٢ ص١٥٢ .
شرح المنح جـ٣ ص٥٤٢ .
ولم أقف لابن حزم على قول فى هذه المسألة .

(٤) حيث لو غصبه غاصب فضمنه بالقيمة ، ثم قدر عليه الغاصب لوجب عليه رده ، ولا يتملكه بدفع القيمة ، والتدبير مأخوذ من الدبر ، لان السيد علق عتق عبده بموته ، فاذا مات السيد عتق العبد .
أنظر تصحيح التنبيه ص٩٧ .
بجامع ان كلا غرم ماتعذر عليه رده بعد خروجه من يده ، اما الأصل فالمدبر ، واما الفرع فالابق .
ولما كان حكم الاصل عدم تملك الغاصب المدبر بدفع قيمته ، كان حكم الفرع كذلك فلا يملكه الغاصب بضمان قيمته اذا ابق أيضا لذلك .

ولانه معاوضة على مالا يقدر فيه على القبض،(٥) فلا يملك به ،كالبيع،(٦) ولأنـــه لو كان ذلك(٧) سببا للتمليك لم يصح فيما لا يملك،(٨) كالبيع والهبة.(٩)

قالوا : ملك البدل عما يملك،(١٠) فزال ملكه عنه كما لو استولد الأب جارية ابنه(١١) فأخذ القيمة(١٢) أو خلط زيته بزيته،(١٣) فغرم بدله أو باع ماله وأخذ الثمن.(١٤)

---

(٥) بسبب الاباق .

(٦) زاد فى نسخة((ب)) : والهبة . / وزيادتها هنا خطأ، لأن الابق يملك بالهبة ،لكونها عقد تبرع ،فيصح مع الغرر منه .
واما البيع فلا يصح فيه بيع العبد الابق ،لكونه عقد معاوضة فيفتقـــر الى القدرة على التسليم ،
بجامع ان كلا معاوضة على مالا يقدر على القبض فيه ،أما الأصل فالبيــع، واما الفرع فضمان قيمة الابق بالغصب .
ولما كان حكم الاصل عدم جواز تملك الابق بالبيع ، كان حكم الفرع كذلـك فلا يملك بضمان قيمته أيضا لذلك .

(٧) أى ضمان قيمة الابق .

(٨) أى فيما لا يجوز تملكه .

(٩) حيث لا يجوز بيع مالا يجوز تملكه كالخمر والخنزير، ولا هبته .

(١٠) وهو العبد الابق هنا فان ملك سيده لا يزول عنه بالاباق فهو محل للملك .

(١١) فى الاصل : جاريته . / والصواب مافى نسخة((ب)) .

(١٢) حيث يجوز له تملكها بذلك .

(١٣) أى كما لو خلط الغاصب زيته بزيت المغصوب منه ، حيث يجوز له تملـك الزيتين بعد دفع قيمة الزيت المغصوب للمالك .

(١٤) حيث يجوز للبائع تملك الثمن ببذل المبيع.
بجامع ملك البدل عما يملك ،فى كل من الأصل وهو مالو استولد الاب جارية ابنه فأخذ الابن القيمة،أو خلط الغاصب زيته بالزيت المغصوب فغرم بدله، أو باع ماله وأخذ الثمن ،والفرع وهو مالو ضمن الغاصب العبد الابق .
ولما كان حكم الاصل صحة التملك فيه بعد الغرم ،كان حكم الفرع كذلك فيجوز للغاصب تملك الابق بعد ضمان قيمته أيضا لذلك .

قلنا : فى الاستيلاد لم يزل ملكه (١٥) لانه ملك البدل ، وانما ملك البدل لانه زال ملكه أولا ، بهذا (١٦) المعنى ، وهو ان الاستيلاد يتعلق به الحرمة (١٧)، فلا يمكن ألا ننقل الملك ، فلما انتقل الملك وجب البدل (١٨)، وتضمين الزيت معاوضة على مايقدر على تسليمه ، وهذا (١٩) معاوضة على مالا يقدر على تسليمه (٢٠)، فهو كبيع الأبق (٢١)، ولأن هناك (٢٢) أخذ البدل عن العين

---

(١٥) أى ملك الابن .

(١٦) فى الاصل : (وهذا المعنى) . والمناسب للسياق هنا ما أثبتنا من نسخة ((ب)) وهو ادخال الباء على اسم الاشارة .

(١٧) فى الاصل : الحرية . / والمراد على مافى الاصل : حرمة ان يطأها الابن بعد استيلاد الأب لها .

(١٨) أى ان الملك انتقل فى الاستيلاد انتقالا قهريا ، فلا يصح قياس تضمين الغاصب العبد الابق عليه ، للفرق بينهما .

(١٩) أى ضمان قيمة العبد الابق من الغاصب .

(٢٠) أى فلا يصح قياسه على تضمين الزيت للفارق المذكور بين الأصل والفرع فيه .

(٢١) حيث لا يجوز .

بجامع عدم القدرة على التسليم ، فى كل من الاصل وهو بيع العبد الابق ، والفرع وهو تضمين الغاصب العبد الابق .

ولما كان حكم الاصل عدم جواز تملك العبد الابق بالبيع ، كان حكم الفرع كذلك فلا يصح تملك الغاصب العبد الابق بالضمان أيضا لذلك .

(٢٢) أى فى تضمين الغاصب قيمة الزيت المغصوب اذا خلطه بزيته .

وهاهنا (٢٣) أخذ البدل للحيلولة ، (٢٤) فلم يزل ملكه عن العين ، (٢٥) كالمدبر. (٢٦)

* مسألة (٢٥٥) : اذا تلف المغصوب عنده (١) ضمن قيمته (٢) أكثرما كانت من حين الغصب الى حين التلف (٣) . / ١٧٤ ى.

---

(٢٣) أى فى تضمين الغاصب قيمة العبد المغصوب اذا ابق .

(٢٤) زاد فى نسخة ((ب)) : يعنى انه حال بينه وبين عبده حين سعى فى اباقه . / والفاعل فى حال وسعى هو الغاصب .

(٢٥) أى وهذا فارق بين الاصل والفرع ، فيبطل به قياسهم المذكور.

(٢٦) حيث لا يزول ملك السيد عن المدبر بالضمان .
بجامع أخذ البدل للحيلولة ، فى كل من الاصل وهو غصب المدبر ، والفرع وهو مالو غصب عبدا فابق منه .
ولما كان حكم الاصل عدم تملك الغاصب للمدبر بضمان قيمته ، كان حكم الفرع كذلك فلا يملك الغاصب العبد الابق بضمان قيمته أيضا لذلك .

(١) أى عند الغاصب .

(٢) سقط قوله (قيمته) من نسخة ((ب)) .

(٣) ومحل ذلك: اذا كان المتلف قيميا ، والا بان كان مثليا ضمنه بمثله سواء تلف أو أتلف ، فان تعذر المثل ضمنه بالقيمة ، والاصح ان المعتبر فيها اقصى القيم من وقت الغصب الى وقت تعذر المثل ، وقيل الى التلف ، والثالث : الى وقت المطالبة .
أنظر شرح المحلى جـ٣ ص ٣١ والتى تليها .
وأنظر : الأم جـ٣ ص ٢٥٣ . المختصر ص ١١٧ . المنهاج ص ٧١ .

وقال أبو حنيفة : يضمن قيمته وقت الغصب .(٤)

---

(٤) الهداية جـ٨ ص ٢٤٨ . التبيين جـ٥ ص ٢٢٣ . مجمع الأنهر جـ٢ص٤٥٧ .
وهو قول المالكية،فى المشهور عند هم ، خلافا لا شهب وابن وهب وعبد الملك ابن الماجشون حيث ذ هبوا الى ما قاله الشافعية .
أنظر : الشرح الكبير جـ٣ ص ٤٤٧ . الجواهر جـ٢ ص ١٤٩ ، شرح المنح جـ٣ ص ٥٢٠ .
وذ هب الحنابلة:الى أنه يضمن قيمته وقت تلفه .
أنظر: شرح المنتهى جـ٢ ص ٤١٩ . كشاف القناع جـ٤ ص ١١٨ والتى تليها . والذى ذكره فى المغنى جـ٥ ص ١٩٦ هو وجوب ضمان قيمته على الغاصب أكثر ماكانت من حين الغصب الى حين التلف ، ولم يذكر فيه قولا غيره .
ومحل الخلاف فى هذه المسألة:هو ماإذا كان المغصوب قيميا ،كالعددى المتفاوت كالثياب والحيوان ، وكذا المثلى المخلوط بغير جنسه كالبر مع الشعير والموزون الذى فى تبعيضه ضرر كالأوانى المصوغة بحيث تخرجه الصنعة عن المثلية بجعله نادرا بالنسبة الى أصله كالقمقم والقدر والابريق ،
والا بان كان المغصوب المتلف مثليا ،كالكيلى والوزنى والعدد المتقارب أى مالا يتفاوت احاده فى القيمة ، فالواجب فيه المثل ، فان انعدم ، وجب فيه القيمة ، قيل : قيمته وقت الخصومة ،وقيل: قيمته يوم الغصب وقيل: يوم الانقطاع . وأنظر بيان المثلى والمتقوم فى اشباه السيوطى ص٣٦١ .
بالأول قال أبو حنيفة. أنظر الهداية جـ٨ ص ٢٤٦ .
وبالثانى قال المالكية وأبو يوسف . أنظر الشرح الكبير جـ٣ ص ٤٤٥ . والهداية فى نفس الصفحة .
وبالثالث قال الحنابلة ومحمد بن الحسن . أنظر شرح المنتهى جـ٢ص٤١٩ ، والهداية نفس الصفحة أيضا .
=

لنا : هو انه غاصب فى حال الزيادة (٥) ، فجاز أن يضمن قيمته فيـــه كحال الابتداء . (٦)

قالوا : زيادة حدثت بعد القبض فلم يضمنها (٧) ، كزيادة قيمة الصداق . (٨)

= وذهب الشافعية فى الأصح عندهم الى أن المعتبر فيه أقصى قيمة مـــن وقت الغصب الى تعذر المثل . أنظر المنهاج ص٧٠ .

وذهب ابن حزم الى وجوب المثل فى المثلى ، فان عدم فاقرب ما يماثلـه ويساويه من نوعه ، ولم يتطرق الى اعتبار الزمن فى التقويم .

أنظر المحلى جـ٨ ص٥٧٦ .

(٥) أى فى حال طرو الزيادة على المغصوب فى يد الغاصب لو طرأت خـلال مدة الغصب .

(٦) حيث يجب عليه ضمان المغصوب بزيادته أول وقت الغصب .

بجامع تحقق الغصب وقت الزيادة فى كل من الاصل ، وهو مالو كانـت الزيادة فى المغصوب عند أول وقت الغصب ، والفرع وهو مالو طرأت الزيادة عليه بعد الغصب .

ولما كان حكم الاصل ضمانه بزيادته ، كان حكم الفرع كذلك فيضمنه بهـا أيضا لذلك .

(٧) لأن ملك الزيادة فى العين تابع لمن كانت العين فى ضمانه وتحت يده .

(٨) حيث لا تضمنها الزوجة لزوجها اذا انفسخ النكاح بينهما بالخلع لانهـا فى ضمانها .

بجامع ان كلا زيادة حادثة بعد القبض ، اما الاصل فزيادة قيمة الصداق ، واما الفرع فزيادة المغصوب .

ولما كان حكم الاصل عدم ضمان الزيادة فيه ، كان حكم الفرع كذلك فلا يضمن الغاصب الزيادة فى المغصوب أيضا لذلك .

قلنا : لأن الزيادة هناك (٩) حدثت على ملكها والزيادة هاهنا (١٠) حدثت على ملك المغصوب منه ، فضمنها (١١) .

* مسألة (٢٥٦) : الزيادة الحادثة في المغصوب مضمونة (١) . / ١٧٤ ى .

وقال أبو حنيفة : لا تضمن (٢) .

---

(٩) أى في الصداق .

(١٠) أى في المغصوب في يد الغاصب .

(١١) أى الغاصب ، لانها كانت في يده من جهة العدوان فلا يملكها .
أى وهذا فارق بين الاصل والفرع ، فيبطل به قياسهم المذكور .

(١) أى على الغاصب ، فيما لو تلفت في يده . سواء كانت الزيادة متصلة ، كما لو سمن العبد أو الدابة ، أو تعلم العبد صنعة ، أو منفصلة ، كالولد والثمرة والبيض وكسب الرقيق سواء اكتسبه بتجارة أو اجارة أو صيد ونحو ذلك .
أنظر : الأم جـ٣ ص٢٥٣ . الوجيز جـ١ ص٢٠٦ ، فتح العزيز : جـ١١ ص٢٤٨ .
وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى : جـ٢ ص٤٠٥ و ص٤٠٩ . كشاف القناع جـ٤ ص١٠٢ ، المغنى جـ٥ ص١٩٤ .
واليه ذهب ابن حزم : المحلى جـ٨ ص٥٦٥ .

(٢) أى الا أن يتعدى الغاصب فيها ، كأن يتلفها ان كانت ثمارا أو يذبحها ويأكلها ان كانت أولاد حيوان مأكول ، أو يبيعها ويسلمها للمشترى ان كانت ثمرة أو حيوانا أو غير ذلك .
أنظر : الهداية جـ٨ ص٢٧٤ . التبيين جـ٥ ص٢٣٢ . مجمع الأنهر : جـ٢ ص٤٦٥ .
وفرق المالكية بين ماذا كانت الزوائد ولادة كنتاج البهائم وولد الأمة ، فاوجبوا فيها الضمان على الغاصب ، وبين ماذا كانت دخلا أى غلة ، =

لنا : هو[٣] أنه زيادة في عين مضمونة لو اتلفها ضمنها ، فضمنها بالتلف ،كالزيادة الموجودة في[٤] حال الغصب ،[٥] ولان كل زيادة لو كانت

= فاختلفوا فيها على خمسة أقوال :

الأول : يضمنها مطلقا ،لتعديه .

الثاني : لا يضمنها مطلقا ،لانها في مقابلة الضمان الذى عليه .

الثالث : يردها في العقار لانه مأمون ولا ضمان بغصبه ،ولا يردها في الحيوان ونحوه لانه مضمون عليه فالغنم بالغرم .

الرابع : يردها ان انتفع بها ولا يردها ان عطلها كدار اغلقها ودابة حبسها .

الخامس : يردها ان غصب المنافع خاصة ولا يردها ان غصب المنافع والرقاب .

والصحيح ضمان الغلة مطلقا نص عليه ابن القاسم في أحد قوليه وهو الصحيح وعليه جمهور أهل المدينة من أصحاب مالك وغيرهم .

أنظر القوانين ص ٣٥٩ . الشرح الكبير جـ٣ ص ٤٤٨ والتي تليها ، شرح المنح جـ٣ ص ٥٢٣ والتي تليها .

(٣) سقط قوله (هو) من نسخة ((ب)) .

(٤) سقط حرف (في) من نسخة ((ب)) .

(٥) حيث يضمنها بتلفها من غير فعله .

بجامع ان كلا زيادة في عين مضمونة لو اتلفها الغاصب ضمنها . أما الاصل فالزيادة الموجودة حال الغصب ، واما الفرع فالزيادة الحادثة بعد الغصب .

ولما كان حكم الاصل ضمانها بتلفها ، كان حكم الفرع كذلك فيضمن الحادثة بعد الغصب بالتلف أيضا لذلك .

موجودة فى حال الأخذ(٦) كانت مضمونة ، فاذا حدثت فى يده(٧) ، كانت مضمونة ، كزيادة الصداق(٨) .

قالوا : زيادة لم يتناولها الغصب(٩) ، فأشبه زيادة السوق(١٠) ، والدليل على الوصف(١١) ان الغصب هو النقل ، وذلك لم يؤخذ فى السمن(١٢) .

قلنا : لا نسلم(١٣) ، بل يتناولها الغصب ، وهو الاستيلاء(١٤) على وجه العدوان(١٥) ، ولهذا يأثم فى الاستدامة(١٦) ، كما يأثم فى الابتداء .

---

(٦) أى على وجه الغصب .

(٧) أى الغاصب .

(٨) حيث يجب على الزوج ضمان نماء صداق الزوجة اذا تلف ، لانه ملك لها تابع للصداق .

(٩) لانها لم تكن موجودة وقت الغصب لحدوثها بعده .

(١٠) حيث لا يجب على الغاصب ضمان زيادة المغصوب بارتفاع ثمنه بعد الغصب .

بجامع عدم تناول الغصب لها فى كل من الاصل وهو زيادة ثمن المغصوب فى السوق ، والفرع وهو زيادة المغصوب بالنماء عند الغاصب.

ولما كان حكم الاصل عدم ضمانه ، كان حكم الفرع كذلك فلا يضمن الغاصب النماء الحادث أيضا لذلك .

(١١) وهو ان الزيادة لم يتناولها الغصب .

(١٢) أى فى حال السمن ، لأن السمن طارئ بعد النقل والغصب.

(١٣) أى بأن الزيادة بالسمن لم يتناولها الغصب .

(١٤) فى نسخة ((ب)) : وهو الاستيلاد ./ وهو تحريف .

(١٥) زاد فى نسخة ((ب)) : وهو على ملك المغصوب منه .

(١٦) أى فى استدامة الغصب ، بوضع يده على المغصوب . بل يجب رده فورا .

ثم يبطل به(١٧) اذا طالبه فى حال السمن فمنع (١٨)، ويخالف زيادة السوق لانها زيادة فى غير العين (١٩)، وهذه (٢٠) زيادة فى العين فساوت العين (٢١)،

* مسألة (٢٥٧) : اذا غصب جارية حاملا فولدت ولدا ثم مات . وجب عليه الضمان (١) ٠/١٧٤ش.

وقال أبو حنيفة : لا يضمن الولد (٢).

---

(١٧) أى يبطل تعليلهم بانها زيادة لم يتناولها الغصب بما اذا . . . الخ .

(١٨) حيث يجب عليه رد المغصوب فى الحال ، ولا ينتظر به ذهاب السمن بحجة انه لم يكن موجودا وقت الغصب . والا ضمنه بسمنه .

(١٩) أى المغصوبة .

(٢٠) أى الزيادة الحادثة فى المغصوب بعد الغصب .

(٢١) أى فى وجوب ضمانها ، لأن البعض يأخذ حكم الكل هنا .
والمراد: ان بين الاصل والفرع فى قياسهم الزيادة الحادثة فى المغصوب على زيادة السوق فى عدم ضمانها ، فارقا فيبطل به قياسهم المذكور.

(١) المختصر ص ١١٧ . الأم جـ٣ ص ٢٤٧ . فتح العزيز جـ١١ ص ٣٣٥ .
وفى الضمان المذكور خلاف : قيل يضمن قيمته يوم الانفصال حيا .
وقيل يضمن بعشر قيمة امه ، تنزيلا للغاصب منزلة الجانى الذى يترتب على جنايته الاجهاض . أفاد ذلك فى فتح العزيز نفس الصفحة .
وبضمان الولد يقول الحنابلة أيضا وضمانه بقميته يوم ولدته حيا .
أنظر: شرح المنتهى جـ٢ ص ٤١٢ . كشاف القناع جـ٤ ص ١٠٧ . المغنى جـ٥ ص ٢٠٧ .
وبضمانه يقول ابن حزم أيضا : المحلى جـ٨ ص ٥٦٥ .

(٢) الهداية جـ٨ ص ٢٧٤ . التبيين جـ٥ ص ٢٣٢ . مجمع الأنهر جـ٢ ص ٤٦٥ .
وهو قول المالكية : أنظر الفواكه الدوانى جـ٢ ص ٢٤٥ .

لنا : انه نماء ليس له ، حصل فى يده عن أصل مضمون عليه (٣) بيد متعدية ، فضمنه ، كولد الصيد (٤) ، ولأن غصب العين سبب لحصول الولد فى يده ، وهو متعد فى السبب ، فوجب عليه الضمان ، كما لو حفر بئرا (٥) ووقع فيها حيوان (٦) ، ولأن ما ضمن خارج الوعاء ضمن فى الوعاء ، كالدرة فى الصدفة (٧) ، ولأنه بعد الانفصال غاصب

---

(٣) وهو الجارية الحامل .

(٤) حيث يجب على المحرم ضمانه بموته فى يده .

بجامع حصول الولد عن أصل مضمون بيد متعدية فى كل من الاصل وهو ولد الصيد والفرع وهو ولد الجارية المغصوبة .

ولما كان حكم الأصل وجوب الضمان فيه ، كان حكم الفرع كذلك فيجب ضمان ولد المغصوبة على الغاصب أيضا لذلك .

(٥) أى فى غير ملكه ، ليتحقق فرض المسألة وهو التعدى فى السبب.

(٦) حيث يجب الضمان على الحافر لتسببه .

بجامع التعدى فى السبب . فى كل من الاصل وهو مالو حفر بئرا فى غير ملكه فوقع فيها حيوان ، والفرع وهو مالو غصب جارية فولدت ومات الولد عنده .

ولما كان حكم الاصل وجوب الضمان فيه به ، كان حكم الفرع كذلك فيجب على الغاصب ضمان الولد أيضا لذلك .

(٧) الصدفة محركة الأول والثانى بوزن قصبة هى غشاء الدر ، والجمع صدف بوزن قصب ، أنظر المصباح جـ١ ص ٣٥٩ .

أى حيث يجب ضمان الدر المكنون فى الصدفة بكسرها وتلفه .

بجامع الضمان خارج الوعاء ، فى كل من الأصل وهو الدرة فى الصدفة والفرع وهو الولد المغصوب مع الجارية قبل الوضع اذا ولد حيا ثم مات .

ولما كان حكم الاصل وجوب الضمان فيه ، كان حكم الفرع كذلك فيجب ضمان ولد الجارية المغصوبة اذا مات بعد الوضع حيا أيضا لذلك .

لـــه (٨)، فصار كما لو ابتدأ غصبه (٩).

قالوا : حصل فى يده بغير فعله (١٠)، وهلك بغير توجه المطالبـــة (١١) ممن له حق المطالبة (١٢)، فلم يضمن، كما لو القت الريح ثوبا فى داره (١٣).

---

(٨) سقط قوله (له) من نسخة ((ب)).

(٩) أى كما لو غصب طفلا بعد الولادة، حيث يجب عليه ضمانه بموته فـــى يده.

بجامع تحقق وصف الغصب فى كل من الاصل وهو مالو غصب طفلا فمات عنده والفرع وهو مالو غصب جارية حاملة فولدت ثم مات الولد عنده.

ولما كان حكم الاصل وجوب الضمان عليه به، كان حكم الفرع كذلك فيجب على الغاصب ضمان ولد الجارية.

(١٠) لأن فرض المسألة ان الجارية غصبت وهى حامل، فالحمل من غـــير الغاصب.

(١١) أى قبل مطالبة المالك به.

(١٢) وهو المالك أو وكيله.

(١٣) حيث لا يجب عليه ضمانه ان تلف عنده، ولم يطالبه به صاحبه، لأنـــه يكون عنده أمانة.

بجامع الحصول فى يده بغير فعله وحصول التلف قبل المطالبة بـه مـــن صاحبه، فى كل من الاصل وهو مالو القت الريح ثوبا فى داره، والفـرع وهو مالو ولدت الجارية المغصوبة عنده.

ولما كان حكم الاصل عدم ضمانه بتلفه عنده، كان حكم الفرع كذلك فلا يضمن ولد المغصوبة بتلفه عنده أيضا لذلك.

قلنا : لا نسلم انه حصل في يده [١٤] بغير فعله ، فانه لو لم يمسك [١٥] العين لم يحصل في يده ، ويخالف ما القته الريح ، فان الدار ليست بسبب لحصول الثوب فيها ، الا ترى أن من بنى دارا لذلك [١٦] لم يعد عاقلا ، وامساك العين [١٧] سبب لحصول الولد [١٨] ولهذا لو القت الريح صيدا في يد المحرم لم يضمنه [١٩] ولو أمسكه حتى مات [٢٠] ضمنه ، ولأن الثوب ليس من زوائد الدار ، والحمل من زوائد العين ، [٢١] ولهذا لا يتبع الثوب الدار في العقود ، [٢٢] والولد يتبع الام في العقود ، [٢٣] فتبعها [٢٤] في الغصب

---

(١٤) في نسخة ((ب)) في داره ./ وهو خطأ ظاهر. والمعنى على ما في الاصل : لا نسلم ان الولد حصل في يد الغاصب من غير فعله .

(١٥) في الأصل : (لو ضمنه لم يمسك العين) وهو خطأ ، اذا لا يصح المعنى به .

(١٦) أي لتسقط فيها ثياب الناس ، ليتملكها .

(١٧) وهي الجارية الحامل هنا .

(١٨) أي في ملك الغاصب .

(١٩) أي اذا مات فيها لتوه قبل التمكن من ارساله ، لأن موته لم يكن بفعل من المحرم .

(٢٠) في الأصل : (حتى ولدت) وهو خطأ ظاهر. وما أثبتناه من نسخة ((ب)) هو الصواب . أي وهذا فارق بين الاصل والفرع في قياسهم ولد الجارية المغصوبة اذا ولدته ثم مات في يد الغاصب ، على ما لو ألقت الريح ثوبا في داره ، في عدم الضمان ، فيبطل به قياسهم المذكور اذ لا قياس مع الفارق .

(٢١) أي وهذا فارق آخر يتأكد به بطلان قياسهم المذكور .

(٢٢) كما لو باع الدار أو وهبها أو آجرها أو اعارها ، ونحو ذلك وفيها ثياب فالثياب لصاحب الدار .

(٢٣) أي اذا كان جنينا . ولذلك فلا يصح افراده بالشراء أو البيع ، لما هو عليه من جهالة الحالة .

(٢٤) في الأصل : (فتبعه) والصواب التأنيث ، لعود الضمير الى الام .

قالوا : الغصب لا يكون الا بثبوت اليد ، والحمل لا يثبت عليه اليد بثبوته على الأم ، بدليل ان كل عقد افتقرالى القبض ، لم يجز فى الحمل ، كالبيع والهبة والرهن ، (٢٥) فلم يصر غاصبا له .

قلنا : لا نسلم ، بل يثبت عليه اليد بثبوته على الأم ، بدليل أن كل عقد افتقر الى القبض كالبيع والهبة والرهن ثبت (٢٦) فى الحمل على سبيل التبع ، وانما لا تصح هذه العقود (٢٧) على الحمل منفردا ، (٢٨) لأنه (٢٩) لا يصح مع الجهالة ،

---

(٢٥) حيث لا يجوز بيع الحمل ولا هبته ولا رهنه ، لافتقار هذه العقود الى القبض .
بجامع الافتقار الى القبض ، فى كل من الاصل وهو البيع والهبة والرهن ، والفرع وهو الغصب .
ولما كان حكم الاصل عدم صحة بيع الحمل وهبته ورهنه ، كان حكم الفرع كذلك فلا يصح ضمان ولد الجارية الحامل المغصوبة اذا مات عند الغاصب بعد الولادة أيضا لذلك .

(٢٦) فى نسخة ((ب)) : يثبت . / أى القبض.

(٢٧) وهى البيع والهبة والرهن .

(٢٨) فى الأصل : (مفردة) وهو خطأ ، والصواب ما أثبتناه من نسخة ((ب)) .

(٢٩) كذا فى الأصل ونسخة ((ب)) . بالتذكير ، أى لأن كل عقد من هذه العقود .
ولعل الأولى أن يقال : (لانها) بالتأنيث مراعاة للفظ العقود .

ولهذا لا يلزم البيع في الثياب في الصندوق (٣٠) ، ثم يصح غصبها (٣١) ، فهو كالوصية والعتق (٣٢) .

قالوا : لو ثبت يده على الحمل ، لضمنه اذا ألقته ميتا (٣٣) .

قلنا : يضمنه في أحد الوجهين (٣٤) ، وقال أبو اسحاق (٣٥) : لا يضمنه (٣٦) ،

---

(٣٠) لما فيه من الغرر والجهالة .

(٣١) أى وان كانت مجهولة العدد والوصف ، لانها تكون تابعة للصندوق في الغصب .

والمقصود من ذلك : هو ابطال اعتبارهم القبض علة في عدم ضمان ولد الجارية المغصوبة اذا ولد ثم مات عند الغاصب ، وقياسهم ذلك على البيع والهبة والرهن ، واثبات ان العلة في بطلان هذه العقود انما هي لجهالة الحمل لا لعدم القبض فيها .

(٣٢) حيث تصح الوصية بالحمل ويصح عتقه مع الجهالة فيه ، لانهما ليسا من عقود المعاوضة .

بجامع ان كلا عقد لا تضره الجهالة بالمعقود عليه . اما الأصل فالوصية والعتق ، واما الفرع فالغصب .

ولما كان حكم الاصل صحتها مع الجهالة بالمعقود عليه ، كان حكم الفرع كذلك ، فيثبت الغصب مع الجهالة بالمغصوب أيضا لذلك .

واذا ثبت الغصب ، ثبت الضمان على الغاصب بتلف المغصوب عنده .

(٣٣) أى والحال انه لا يضمنه اذا ولدته ميتا ، فدل على أنه ليس داخلا تحت يده بغصب الأم .

(٣٤) قال الرافعي : وهو ظاهر النص . أهـ أنظر الوجهين في فتح العزيز : جـ ١١ ص ٣٣٥ .

(٣٥) هو المروزي ، أنظر ترجمته في المسألة رقم (٢٧) هامش (٢٢) .

(٣٦) زاد في نسخة ((ب)) : اذا ألقته ميتا .

لانه لا قيمة له مادام متصلا ويجوز أن تثبت اليد على مالا قيمة له ، كالكلب عندنا ، (٣٧) والخمر عندهم ، (٣٨) فاذا انفصل (٣٩) ضمنه باليد المتقدمة . (٤٠)

* مسألة (٢٥٨) : اذا غصب جارية فأولدها ونقصت بالولادة ، ضمن ارش (١) النقص ./ ١٧٤ش.

---

(٣٧) حيث تثبت اليد عليه للانتفاع به في الحراسة والصيد ونحو ذلك ، وانما لم يجز بيعه مع جواز تملكه ، لأن عينه غير طاهرة . أنظر قليوبي جـ٢ ص ١٥٧ .

(٣٨) حيث يجوز اثبات اليد عليها لتخليلها ، والا فلا ، لأن الشرع أمر باهانتها .
ولذلك فلا يجوز بيعهما ، لأن فيه اعزازلها . فاذا باعها بالثمن كان العقد باطلا ، واذا باعها بالعرض كان فاسدا .
أنظر مجمع الأنهر جـ٢ ص ٥٤ .

(٣٩) أي الجنين حيا ، ثم مات .

(٤٠) وهي حين غصب الأم . لأن وضع الغاصب يده على الأم سابق لوضعها على الجنين ، لحدوث الولادة بعد غصب الأم ، فوصفت بأنها متقدمة لذلك .
أي فثبت ان يد الغاصب ثابتة على الجنين تبعا لثبوتها على أمه ، فاذا انفصل حيا ثم مات لزمه ضمانه بوضعه يده على الأم قبل ولادته .

(١) المختصر ص ١١٧ . الوجيز جـ١ ص ٢١٤ . فتح العزيز جـ١١ ص ٣٥٥ .
أي ويكون الولد للمغصوب منه . كما صرح به في فتح العزيز نفس الصفحة .
وبضمان نقص الارش يقول الحنابلة أيضا :
أنظر : شرح المنتهى جـ٢ ص ٤١٢ . كشاف القناع جـ٤ ص ١٠٦ . المغني جـ٥ ص ١٩٩ .
وبه يقول ابن حزم : أنظر المحلى جـ٨ ص ٥٦٥ .

وقال أبو حنيفة : الولد يجبر النقص.(٢)

لنا : ان الولد مال للمغصوب منه ،(٣) فلا يجبر(٤) النقصان المستحق في يد الغاصب كسائر أمواله ،(٥) ولانه نقص حصل(٦) بالولادة فلا يجبره الولد ، كالموت .(٧)

---

(٢) خلافا لزفر حيث أوجب عليه ضمان ارش النقص .
ومحل جبر الولد نقص الجارية بايلاد الغاصب: هو ما اذا كان في قيمة الولد وفاء بذلك النقص ، والا وجب على الغاصب ضمان ذلك النقص منها بحسابه .
أنظر: الهداية جـ٨ ص٢٧٧. التبيين جـ٥ ص٢٣٢. مجمع الأنهر: جـ٢ ص٤٦٦.

(٣) في الأصل : للمغصوب ضمنه ./ وهو تحريف ، والصواب ما أثبتناه من نسخة ((ب)) .

(٤) أي الولد .

(٥) حيث لا يجبر بها نقصان ماله المغصوب .
بجامع ان كلا مال للمغصوب ، اما الاصل فولد الجارية المغصوبة من الغاصب .
واما الفرع فسائر أموال المغصوب منه .
ولما كان حكم الاصل عدم جبر نقصان المغصوب بمال المغصوب منه ، كان حكم الفرع كذلك فلا يجبر الولد نقصان الجارية بالولادة أيضا لذلك .

(٦) في نسخة ((ب)) : حمل بالولادة ./ وهو تحريف .

(٧) حيث لا يجبر موت الجارية بولدها وان كانت قيمته مساوية لقيمتها .
بجامع حصول النقص بالولادة في كل من الأصل وهو موت الجارية بالولادة والفرع وهو نقصها بها .
ولما كان حكم الأصل عدم انجبار موتها بولدها ، كان حكم الفرع كذلك فلا يجبر نقصها بالولادة بولدها أيضا لذلك .

قالوا : الولد موجب بما (٨) أوجبت الجناية ، فجبر النقص ، كالارش. (٩)

قلنا : الولد غير موجب بما أوجبت الجناية ، (١٠) لأن الجناية حصلت بالولادة ، (١١) والولد حصل قبل ذلك ، (١٢) والارش (١٣) مال للغاصب ، بازاء الجناية فجبرها ، والولد للمغصوب منه ، فلم يجبرها. (١٤)

---

(٨) فى نسخة ((ب)) : فوجب بها . / وهو تحريف . وقوله : موجب، هو اسم مفعول من الايجاب ، أى محكوم بوجوبه للسيد بدلا عما أوجبته جناية الغصب فى الأم من نقص بسبب الولادة .

(٩) حيث يجبر به النقص الذى حصل بالجناية .
بجامع ان كلا موجب بما أوجبت الجناية ، اما الاصل فالارش
واما الفرع فولد الجارية اذا أوجد النقص فى الام بالولادة .
ولما كان حكم الاصل جبر الجناية به ، كان حكم الفرع كذلك فينجبر نقص الولادة به أيضا لذلك .

(١٠) أى لم يجعل بدلا عما أوجبته الجناية على الأم بسبب الولادة .

(١١) فى الأصل ونسخة ((ب)) : بالولاية . / وهو تحريف ، والصواب ما أثبتناه .

(١٢) أى قبل حصول الجناية الموجبة للنقص فى الأم ، لأن الجناية انما حصلت بالولادة ، فالولادة سابقة على الجناية .

لأن فرض المسألة ان الغاصب أولد الجارية المغصوبة فنتج النقص فى الأم بسبب الولادة ، فكيف يكون الولد وهو الأسبق حدوثا ، جابرا للجناية فى الأم وهى متأخرة عنه فى الحدوث .

(١٣) وهو مايدفعه الغاصب فى مقابلة نقصان الجارية بالولادة ، للمغصوب منه .

(١٤) لأن الولد والام مال للمغصوب منه ، ولا يمكن أن يجبر مال نفسه بمال نفسه .

* مسألة (٢٥٩) : المنافع تضمن بالغصب والاتلاف.[(١)] / ١٧٤ش.
وقال أبو حنيفة : لا تضمـــن.[(٢)]

---

(١) سواء عطل المغصوب عن المنافع أو اتلف منفعته بالاستعمال .
الأم جـ٣ ص ٢٤٩ . فتح العزيز جـ١١ ص ٢٦٢ . المنهاج ص ٧١ .
وهو قول الحنابلة أيضا :
أنظر : شرح المنتهى جـ٢ ص ٤٠١ . كشاف القناع جـ٤ ص ٨٥ .
المغنى جـ٥ ص ١٨٣ .
واليه ذهب ابن حزم : أنظر المحلى جـ٨ ص ٥٦٥ .
(٢) ومحله : مالم ينقص المغصوب بالاستعمال فيضمن النقصان حينئذ .
أنظر: الهداية جـ٨ ص ٢٨١ . التبيين جـ٥ ص ٢٣٣ . مجمـــع الأنهر جـ٢ ص ٤٦٧ .
وقد فرق المالكية بين منافع البضع وبدن الحر ، وبين منافع غيرهمـــا .
فأوجبوا الضمان في البضع وبدن الحر بالانتفاع ، فان حبسهما ولم يـــطأ المغصوبة أو يستخدم العبد فلا شئ عليه .
وأوجبوا ضمان المنافع في غير البضع وبدن الحر مطلقـــا ، سواء انتفـــع بها أو لم ينتفع ، فسواء استغل الدار والدابة والعبد أو حبســـها دون انتفاع ، فانه يجب عليه ضمان منافع ذلك كله .
أنظر: الشرح الكبير جـ٣ ص ٤٥٤ . الجواهر جـ٢ ص ١٥١ . شـرح المنح جـ٣ ص ٥٣٩ والتي تليها .

لنا : هو أن ماضمن بالمسمى فى العقد الصحيح جاز أن يضمن من غير عقد ولا شبهة ، كالاعيان [٣] ، ولأن ماضمن بالاتلاف فى العقد الفاسد جاز أن يضمن بمجرد الاتلاف ، كالأعيان [٤] ، ولأن مازاد قيمة العين بزيادته ضمن بمجرد الاتلاف ، كالاطراف [٥] ، ولأن المنافع أموال بدليل أنها تملك بالعقود والارث والوصية ، ويملك العبد اجارتها بالاذن فى التجارة ،

---

(٣) حيث يجب ضمانها بالاتلاف مطلقا .

بجامع التضمين بالمسمى فى العقد الصحيح فى كل من الاصل وهو الأعيان ، والفرع وهو المنافع .

ولما كان حكم الأصل وجوب ضمانها من غير عقد ولا شبهة ، كان حكم الفرع كذلك فيجب ضمان المنافع بالغصب أيضا لذلك .

(٤) حيث يجب ضمانها بمجرد الاتلاف .

بجامع التضمين بالاتلاف فى العقد الفاسد ، فى كل من الاصل وهو الاعيان ، والفرع وهو المنافع .

ولما كان حكم الاصل وجوب ضمان الاعيان بمجرد الاتلاف ، كان حكم الفرع كذلك فيجب ضمان المنافع بمجرد الاتلاف أيضا لذلك .

(٥) حيث يجب ضمان اطراف المغصوب بمجرد اتلافها .

بجامع زيادة قيمة العين بزيادته ، فى كل من الاصل وهو الاطراف ، والفرع وهو المنافع .

ولما كان حكم الاصل وجوب ضمان اطراف المغصوب بمجرد اتلافها ، كان حكم الفرع كذلك فيجب ضمان منافع المغصوب بمجرد اتلافها أيضا لذلك .

ولا يجوز أن يثبت الحيوان (٦) المجهول فى الذمة بدلا عنها (٧) فوجب أن تضمن كسائر الأموال . (٨)

فان قيل : لو كانت كالاموال لحبس (٩) بها لأجل الغرماء . (١٠)

---

(٦) فى نسخة ((ب)) : ولا يجوز أن يثبت الحيوان به المجهول فى الذمة بدلا عنها ، ولو لم تكن مالا يعنى غير منفعة البضع من جميع المنافع، لجاز على قولهم ان يكون الحيوان المجهول فى الذمة بدلا عنه ، فوجب أن يضمن كسائر الأموال .أهـ.

(٧) لأن المنافع معلومة ، فيشترط أن يكون البدل عنها معلوما والحيوان فى الذمة مجهول ، واشتراط أن يكون بدل المنافع معلوما دليل على أنها مقدرة يصح أن تكون ثمنا ومثمنا فوجب أن تضمن لذلك .
وفى الاصل (عنه) والصواب ما أثبتناه من نسخة ((ب)) لعود الضمير الى المنافع وهى مؤنثة .

(٨) حيث يجب ضمانها مطلقا بالغصب .
بجامع تحقق المالية فى كل من الأصل وهو سائر الأموال المغصوبة .
والفرع وهو منافع العين المغصوبة .
ولما كان حكم الأصل وجوب ضمانها ، كان حكم الفرع كذلك فيجب ضمان منافع العين المغصوبة بالغصب والاتلاف أيضا لذلك .

(٩) أى لحبس - بالبناء للمفعول - المفلس بسببها ، لانها مال متقوم اذ ن ، والمفلس اذا كان عنده مال يحبس لحق الغرماء ، والا فلا يحبس بل ينظر الى الميسرة .

(١٠) أى والحال انه لا يحبس بسبب امتناعه عن بيع منافع نفسه باجارة نفسه ليوفى للغرماء حقهم ، لأن حقهم تعلق بماله لا ببدنه .

قيل : انما لم يحبس ، لانه لا يمكن صرفها اليهم فى الحال [١١] ، فهى كالكسوة [١٢] والقوت [١٣] .

قالوا : منفعة ، فأشبه منفعة البضع ومنفعة الحر [١٤] .

---

(١١) لاعتماد الحصول على منافع الاعيان على عنصر الزمن ، وذلك باجارتها لمدة معينة ، والغرماء لا ينتظرون ذلك .

(١٢) فى نسخة ((ب)) : كالكسرة ./ وهو تحريف ، والكسوة بضم الكاف وكسرها بعدها سين مهملة ساكنة وتجمع على كسا ، بضم الكاف. أنظر المختار ص ٥٧١ .

(١٣) أى فى عدم صرف كسوة المفلس وقوته لغرمائه لتعلق حياته بهما . بجامع ان كلا حق يتعلق ببدن المفلس ، اما الاصل فهو كسوة المفلس وقوته ، واما الفرع فهو منافع بدنه .

ولما كان حكم الاصل عدم استحقاق الغرماء قوته وكسوته ، كان حكم الفرع كذلك فلا يستحق الغرماء عليه اجارة نفسه لاقتضاء ديونهم من الاجرة ان كان رجلا ، ولا انكاح نفسها لاقتضاء حقهم من مهرها ان كان المفلس انثى أيضا لذلك .

(١٤) حيث لا يجب على الغاصب ضمان فوات منفعة البضع ولا منفعة الحر . بجامع ان كلا منفعة ، اما الاصل فمنفعة البضع ومنفعة الحر ، واما الفرع فمنفعة غير البضع والحر من المال .

ولما كان حكم الأصل عدم ضمان الغاصب له ، كان حكم الفرع كذلك فلا يجب على الغاصب ضمان بغصب المنافع أو اتلافها أيضا لذلك .

قلنا : يجوز أن تضمن منفعة ولا تضمن منفعة ، كما يضمن مال ولا يضمن مال ، وهو أم الولد عندهم ،[١٥] ثم منفعة البضع ليست بمال ، بل هو كالحر ،[١٦] ولهذا لا يملك[١٧] بالارث والوصية ، ولا يملك العقد عليها[١٨] بالاذن[١٩] في التجارة ،[٢٠] ويجوز عندهم أن يثبت الحيوان في الذمة بدلا عنها[٢١] ،

---

(١٥) أي عند الامام خلافا للصاحبين ، حيث أوجبا ضمانها بالغصب .
أنظر : الهداية جـ٨ ص٢٩٣ .

(١٦) في عدم وجوب ضمانه بوضع اليد ، وانما يضمن بالاتلاف .
بجامع عدم المالية في كل من الاصل وهو الحر والفرع وهو البضع ،
ولما كان حكم الاصل عدم وجوب الضمان بغصبه بل باتلافه ، كان
حكم الفرع كذلك فلا يجب ضمان منفعة البضع بالغصب بل بالاتلاف
أيضا لذلك .

(١٧) أي البضع .

(١٨) أي على منفعة البضع .

(١٩) أي للعبد أو المحجور عليه من صبي أو سفيه .

(٢٠) أي فلا يملك بالاذن في التجارة تزويج الامة اذا اشتراها للتجارة ،
فدل على أن منفعة البضع ليست بمال ، والا لدخل في عموم الاذن بالتجارة .

(٢١) أي عن منفعة البضع بأن يجعله مهرا لها في الذمة .
وصورة ذلك : ان تقطع امرأة يد رجل خطأ فيتزوجها على موجب يده ،
وهو خمسون بعيرا فيجعلها صداقا لها .
أنظر مجمع الأنهر جـ٢ ص ٦٣١ .
حيث يصح ذلك مع أن الحيوان مجهول في الذمة ، وقد جعله بدلا عن
منفعة بضعها ، فدل على أن المنافع يجب ضمانها بالغصب والاتلاف
لانها متقومة .

بخلاف منافع المال ، [٢٢] ولأن الوطء ، [٢٣] لا يتلف [٢٤] بمضى الزمان ، لانه لا يتقدر به [٢٥] ومنفعة المال تتلف بمضى الزمان ، لانه يتقدر به ، [٢٦] ولان منفعة الوطء لا يمكن تقويمها وتقديرها ، [٢٧] وسائر المنافع يمكن تقويمها ، [٢٨] واما منفعة الحر فلا نسلم فى أحد الوجهين . [٢٩] ثم

---

(٢٢) أى فمنفعة البضع بخلاف منفعة المال ، فان منفعة المال مال بدليل انها تملك بالارث والوصية ويملك العقد عليها بالاذن له فى التجارة ، واذ هى كذلك فانها تكون مضمونة اذن بالغصب والاتلاف .

(٢٣) فى الأصل ونسخة ((ب)) الهمزة على الياء (الوطئ) والاصح جعلها على السطر لأن ماقبلها ساكن .

(٢٤) فى نسخة ((ب)) : لا يتلفها . / أى منفعة البضع .

(٢٥) أى لا يتقدر الانتفاع بالبضع بمدة معينة بل الأصل أن يكون العقد فى النكاح مؤبدا غير محدود المدة .

(٢٦) أى فى الاجارة . حيث يجب تحديد المدة فيها لذلك .

(٢٧) فى الاصل (تقويمه وتقديره) والصواب مافى نسخة ((ب)) .
وانما لم يمكن تقدير وتقويم منافع الوطئ لانها غير منضبطة .

(٢٨) لانها محدودة معلومة .
أى وهذا فارق بين الاصل والفرع فى قياسهم منفعة المال على منفعة البضع فى عدم ضمانها بالتلف ، وبه يبطل قياسهم المذكور .

(٢٩) أى لا نسلم انها غير مضمونة بالفوات فى أحد الوجهين عندنا ، والأصح انها لا تضمن بالفوات بل بالتفويت . قال فى شرح المحلى على المنهاج : جـ٣ ص ٣٣ : وكذا منفعة بدن الحر لا تضمن الا بتفويت فى الاصح ، كأن قهره على عمل ، و - القول - الثانى : تضمن بالفوات أيضا . أهـ
والفرق بين التفويت والفوات ، هو أن التفويت فعل من الغير كأن يطأ الغاصب المغصوبة فيضمن لها مهر المثل .

منفعة (٣٠) الحر تحت يده ، (٣١) لا يد للغاصب عليها ، فلا تضمن من غير اتلاف ، (٣٢) كاطرافه وثيابه ، (٣٣) ومنفعة العبد تحت يد الغاصب ،فضمن بالغصب ،كاطرافه وثيابه . (٣٤)

= وأما الفوات فهو ذهاب المنفعة بنفسها ،كأن يغصب امرأة ولا يطأها ، فانه لا يضمن لزوجها أو سيدها قيمة ما فوت عليه من الانتفاع ببضعها مدة الغصب .

ويأتى هذا الفرق فى غصب الحر فقط ، اما العبد والدار ونحوهما مما هو مال فانه يضمن على الغاصب بالتفويت والفوات . فسواء سكن الدار أو استخدم العبد أو ركب الدابة ، أو لم يفعل شيئا من ذلك فانه يجب عليه ضمان المنافع التى فاتت بغصبه وتضمن عليه باجرة المثل فى كل ذلك . أنظر شرح المحلى جـ٣ ص ٣٣ .

(٣٠) أى على فرض التسليم بأنها غير مضمونة بالفوات .

(٣١) أى يد نفسه . لانها معنى قائم به ،لا يمكن اغتصابها للانتفاع بها دون ارادة الحر .

(٣٢) أى من الغاصب .

(٣٣) حيث لا تضمن بتلفها عند الغاصب بأمر سماوى ،الا أن يتلفها الغاصب بالجناية عليها .

بجامع ان كلا تحت يد الحر ، اما الاصل فاطرافه وثيابه التى هو لابسها وقت الغصب والفرع وهو منفعة بدنه . أى مهنته وصنعته .

ولما كان حكم الاصل عدم ضمانها الا باتلافها ، كان حكم الفرع كذلك فلا تضمن منفعة الحر الا بتفويتها أيضا لذلك .

(٣٤) حيث يجب على الغاصب ضمانها بتلفها عنده وان لم يتلفها هو.

بجامع ان كلا تحت يد الغاصب ،اما الاصل فأطراف العبد وثيابه ، واما الفرع فهو منفعة العبد المغصوب .

ولما كان حكم الاصل وجوب ضمانها بمجرد تلفها وان لم يتلفها الغاصب كان حكم الفرع كذلك فيجب ضمان منفعة العبد بفواتها وان لم يفوتها =

قالوا : منفعة استوفاها من غير عقد ولا شبهة ، فلا تضمن،(٣٥) كما لو زنا بها .(٣٦)(٣٧)

قلنا : المنفعة كالعين في أسباب الضمان ،(٣٨) وتزيد عليها ، فان الاعيان لا تراد الا للمنافع ولهذا يزداد عوضها بالمنافع ، ويجب في ذهاب(٣٩) منفعة اليد بالشلل الدية ،(٤٠) وفي عينها(٤١) الحكومة ثم

= الغاصب أيضا لذلك ، أي وبهذا الفارق بين منفعة الحر والعبد يبطل قياسهم المذكور.

(٣٥) في نسخة ((ب)) : فلا يضمنها .

(٣٦) في نسخة ((ب)) : كما لو زنى بها . / بالالف المقصورة . وكذا في المواضع الاخرى .

(٣٧) أي بالمغصوبة ، حيث لا يضمن منفعة الزنى بها بدفع اجرتها أو مهرها بل يحد .
بجامع استيفاء المنفعة من غير عقد ولا شبهة ، في كل من الأصل وهو مالو زنى بالمغصوبة ، والفرع وهو مالو غصب منافع الأعيان .
ولما كان حكم الاصل عدم وجوب الضمان فيه كان حكم الفرع كذلك فلا يجب ضمان المنافع المغصوبة بالغصب والاتلاف أيضا لذلك .

(٣٨) اسباب الضمان أربعة : الأول : العقد ، كالمبيع والثمن المعين قبل القبض والسلم والاجارة .
الثاني : اليد ، مؤتمنة كانت كالوديعة والوكالة والشركة اذا حصل التعدى أو غير مؤتمنة كالغصب والسوم والعارية والشراء الفاسد .
الثالث : الاتلاف ، نفسا أو مالا .
الرابع : الحيلولة . أنظر الاشباه للسيوطي ص ٣٦٢ .

(٣٩) سقط قوله (ذهاب) من الأصل .

(٤٠) أي دية اليد ، وهي نصف دية النفس.

(٤١) أي وفي ذهاب عين اليد المشلولة .

يضمن العين (٤٢) من غير عقد ولا شبهة ، (٤٣) فالمنفعة أولى ، (٤٤) ويخالف اذا زنا بها فان هناك رضيت باسقاط حقها من غير بدل ، فهو كما لو قطع اطرافه باذنه ، (٤٥) وهاهنا (٤٦) اتلف عليه بغير رضاه ، فهو كما لو قطع اطرافه بغير رضاه . (٤٧)

---

(٤٢) وهى اليد المشلولة .

(٤٣) أى فيما اذا تلفت عند الغاصب أو اتلفها .

(٤٤) لانها هى المقصودة من اليد .

(٤٥) حيث لا يجب عليه به لا قصاص ولا دية ، وهل وان سرى الى النفس أو قال له اقتلنى فقتله ، يكون هدرا أيضا أم لا ، قيل: يكون هدرا أيضا وقيل: تجب فيه الدية . أنظر شرح المحلى جـ٤ ص ١٢٧ .
بجامع الرضى باسقاط حقه فى كل من الاصل وهو مالو قطع اطراف شخص باذنه والفرع وهو مالو زنى بالمغصوبة .
ولما كان حكم الاصل سقوط الضمان عنه به ، كان حكم الفرع كذلك فلا يجب على الزانى بها برضاها مهر المثل أيضا لذلك .

(٤٦) أى فى حال غصب المنافع أو اتلافها .

(٤٧) حيث يجب عليه به الضمان .
بجامع انعدام الرضى بسقوط حقه فى كل من الاصل وهو مالو قطع اطراف شخص بغير رضاه ، والفرع وهو مالو اغتصب المنافع أو اتلفها على شخص ، ولما كان حكم الاصل وجوب الضمان عليه به ، كان حكم الفرع كذلك فيجب عليه ضمان المنافع فى المغصوب أيضا لذلك .
والمقصود: اثبات أن بين الاصل والفرع فى قياسهم فارقا فيبطل به .

* مسألة (٢٦٠) : اذا استكره امرأة فزنا بها وجب عليه المهر.[١] / ١٧٥ى.

وقال أبو حنيفة : لا يجب.[٢]

لنا : هو انه وطؤ[٣] في غير ملك ، سقط فيه الحد عن الموطوءة ، والواطئ

من أهل الضمان في حقها ، فلزمه[٤] المهر ، كما لو وطئها بشبهة[٥] ، ولا يلزم

---

(١) أي والحد ، واذا كانت بكرا فعليه ارش الافتضاض مع المهر كما نص الرافعي .

أنظر: الأم جـ٣ ص ٢٥٨ . المختصر ص ١١٧ . فتح العزيز جـ١١ ص ٣٣٢ .

وبه يقول الحنابلة أيضا :

أنظر شرح المنتهى جـ٢ ص ٤١٢ . كشاف القناع جـ٤ ص ١٠٦ . المغنى جـ٥ ص ٢٠٣ .

وبوجوب المهر عليه أيضا يقول المالكية :

أنظر : القوانين ص ٣٦٢ . الفواكه الدواني جـ٢ ص ٢٤٥ . بداية المجتهد جـ٢ ص ٣٥٠ .

ولم أقف على قول ابن حزم في هذه المسألة ، الا أنه جعل في الامة تستكره على الزنى الحد على الزاني وعليه الغرامة أيضا لسيدها . أنظر المحلى : جـ٨ ص ٥٨٩ .

(٢) المبسوط جـ٢٤ ص ٩٠ .

(٣) في الاصل ونسخة ((ب)) : وطئ . / الهمزة على ياء .

(٤) في نسخة ((ب)) : يلزمه .

(٥) حيث يجب عليه المهر به .

بجامع الوطء في غير الملك مع سقوط الحد عن الموطوءة وكون الواطئ من أهل الضمان ، في كل من الاصل وهو الوطء بشبهة والفرع وهو الوطء بالاكراه .

=

اذا استدخلت المجنونة ذكرنا ثم (٦) ، لأن الواطئ هناك (٧) هو الموطوءة (٨) ،
ولأن ماضمن فى العقد الصحيح أو بالاتلاف فى الفاسد ،ضمن بمجرد الاتلاف
كالاعيان (٩) ، ولانه هتك (١٠) جهتين متقابلتين بالواجب فوجب عليه ضمانها ،
كما لو قتل خطأ أو قتل المحرم صيدا مملوكا (١١) .

= ولما كان حكم الاصل وجوب المهر عليه به ، كان حكم الفرع كذلك فيجب المهر على المكره - بالكسر - أيضا لذلك .

(٦) أى حيث لا يجب عليه المهر لها به ، مع كون الوطئ فى غير ملك وسقوط الحد عن الموطوءة للجنون ، وكون الواطئ أهلا للضمان .

(٧) أى فى حال الاستدخال .

(٨) أى والموطوءة مجنونة ليست من أهل الضمان ، فلا يجب عليها حد ولا يجب لها مهر .

والرجل حينئذ بمنزلة المكره اذ فعل به ذلك من غير اختياره فلا حد ولا مهر عليه .

(٩) حيث تضمن بمجرد الاتلاف سواء كان المتلف متعمدا أو مخطئا ، وسواء كان مكرها أو مختارا .

بجامع الضمان فى العقد الصحيح فى كل من الاصل وهو مالو اتلف الاعيان ، والفرع وهو مالو اكره امرأة على الزنى .

ولما كان حكم الاصل وجوب الضمان فيه بمجرد الاتلاف ، كان حكم الفرع كذلك فيضمن المهر فى الزنى بالاكراه أيضا لذلك .

(١٠) فى نسخة ((ب)) : هتك حرمتين . / والهتك مصدر هتك يهتك هتكا من باب ضرب ، اذا خرقه . قال الزمخشرى : جذبه حتى نزعه من مكانه ، أو شقه حتى يظهر ماوراءه . أنظر المصباح جـ٢ ص ٣٠٦ .

والمراد الثانى هنا .

والحرمتان أو الجهتان المذكورتان ، هما حرمة الوطئ من غير عقد ولا شبهة عقد ، وحرمة الاكراه على الزنى .

(١١) حيث يجب عليه فى القتل الخطأ الدية والكفارة ويجب على المحرم ضمان =

قالوا : وطؤ يجب به الحد ، فلم يجب به المهر ، كما لو طاوعته.(١٢)

قلنا : المعنى فى الأصل(١٣) انها زانية ، فغلظ عليها باسقاط المهر ، كما غلظ بايجاب الحد عليها ، وهاهنا(١٤) موطوءة بشبهة ، ولهذا لا يجب عليها الحد ، فوجب لها المهر.(١٥)

قالوا : لو وجب لها المهر اذا اكرهت وجب اذا طاوعت ، كالمفوضة.(١٦)

= الصيد لمالكه وضمانه بجزاء الصيد لهتكه حرمة الحرم ، والاحرام.
بجامع هتك حرمتين متقابلتين بالواجب ، اما الاصل فهو مالو قتل شخصا خطأ أو قتل المحرم صيدا مملوكا ، والفرع وهو مالو اكره امرأة على الزنى.
ولما كان حكم الاصل وجوب الدية والكفارة عليه فى القتل الخطأ ووجوب الجزاء والقيمة فى الصيد كان حكم الفرع كذلك فيجب عليه الحد والمهر فى الزنى بالمكرهة أيضا لذلك.

(١٢) حيث يجب عليها به الحد ولا مهر لها.
بجامع ان كلا وطوء يجب به الحد ، اما الاصل فما لو طاوعته ، وأما الفرع فما لو أكرهها على الزنى.
ولما كان حكم الاصل سقوط المهر فيه ، كان حكم الفرع كذلك فلا يجب للمكرهة المهر أيضا لذلك.

(١٣) وهو حال مطاوعتها اياه على الزنى.

(١٤) أى فى حال الاكراه.

(١٥) أى وبهذا الفارق بين الاصل والفرع يبطل قياسهم المذكور.

(١٦) باسم المفعول ، وقال بعض أهل العلم : هى باسم الفاعل.
فعلى الأول : سميت بذلك لأن الشرع فوض أمر المهر اليها فى اثباته واسقاطه.
وعلى الثانى : سميت به لانها فوضت نكاحها الى الزوج حتى تزوجها من =

قلنا : هناك[١٧] رضيت في عقد يقتضي البدل ، فلم يختلف الطوع والاكراه[١٨] ، كاتلاف المشتري للمبيع[١٩] ، وها هنا[٢٠] رضيت في غير عقد ، فاختلف فيه الطوع والاكراه ، كاتلاف مال الغير.[٢١]

= غير مهر. وقيل : فوضت : أي اهملت حكم المهر فهي مفوضة ، باسم الفاعل .

وأصل التفويض تسليم الأمر الى الغير. أنظر المصباح جـ٢ ص ١٤٠.

والمقصود: انها كالمفوضة في وجوب مهر المثل لها بتمكينها الزوج من نفسها اذا تزوجها من غير مهر.

(١٧) أي في المفوضة .

(١٨) أي في وجوب أخذ البدل فيه .

(١٩) حيث لا يسقط عنه ثمن المبيع اذا اتلفه في مدة الخيار، سواء اتلفه بقصد أو بغير قصد .

بجامع الرضى في عقد يقتضي البدل ، في كل من الاصل وهو مالو اتلف المشتري المبيع ، والفرع وهو مالو فوضت المرأة مهرها .

ولما كان حكم الأصل عدم سقوط ثمن المبيع عن المشتري باتلافه طوعا أوكرها ، كان حكم الفرع كذلك فلا يسقط المهر بالتفويض أيضا لذلك .

(٢٠) أي في حال ما اذا طاوعته على الزنى .

(٢١) حيث لا يضمنه اذا اتلفه باذن المالك ، ويضمنه ان بلا اذنه .

بجامع الرضى به في غير عقد في كل من الاصل وهو مالو أتلف مال الغير والفرع وهو مالو زنى بامرأة .

ولما كان حكم الاصل وجوب الضمان باتلاف مال الغير بغير اذنه دونه باذنه ، كان حكم الفرع كذلك، فيجب للزانية المهر في حال الاكراه فقط دون حال الاختيار أيضا لذلك.

والمقصود: ان بين الاصل والفرع في قياسهم فارقا ، فيبطل به قياسهم المذكور.

قالوا : حقان (٢٢) أحدهما يسقط بالشبهة (٢٣) والآخر لا يسقط (٢٤) ،
فلا يجبان بفعل واحد ، كالقصاص والدية . (٢٥)

قلنا : يبطل بالحد والقضاء في الزنا في رمضان ، (٢٦) والحد والضمان
في شرب خمر النصراني . (٢٧) ولانه اذا جاز أن يجب في قتل الخطأ وقتل

---

(٢٢) وهما المهر والحد .

(٢٣) وهو الحد .

(٢٤) وهو المهر ، لأنه في مقابلة ما أصاب منها ، وهذا لا يختلف الحال فيه بين اصابته بشبهه أو بدون شبهة ، لأن الاصابة فيه قد حصلت فاقتضت العوض ، وزانه بالقتل فان فيه الضمان بكل حال سواء كان عمدا أو خطأ .

(٢٥) حيث لا يجبان معا في آن واحد في جناية واحدة .
بجامع ان في كل حقين أحدهما يسقط بالشبهة والثاني لا ، أما الاصل فالقصاص والدية ، واما الفرع فالحد والمهر .
ولما كان حكم الاصل عدم وجوبهما في جناية واحدة ، كان حكم الفرع كذلك فلا يجب الحد والمهر على من زنى بمكرهة أيضا لذلك .

(٢٦) حيث يجب على الزاني في رمضان الحد لأجل الزنى ، والكفارة لاجل حرمة الشهر .

(٢٧) حيث يجب على من شرب خمر نصراني الحد لاجل الشرب ، والضمان لاجل أخذ مال النصراني وهو الخمر لانها عندهم محترمة فيجب ضمانها .
فقد اجتمع في هاتين الصورتين الحد والضمان مع انهما حقان يسقط أحدهما بالشبهة والثاني لا ، فبطلت العلة التي ذكروا في اسقاط المهر عن الزاني بمكرهة لوجودها في الصورتين وتخلف الحكم عنها ، فهي غير مطردة .

الصيد حقان[٢٨] لا يسقطان بالشبهة ، وان لم يجب ذلك فى سائر الاتلافات[٢٩]، جاز أن يجب ها هنا[٣٠] حقان يسقط أحدهما بالشبهة والاخر لا يسقط وان لم يجب ذلك فى سائر المواضع ، والقصاص والدية بدلان[٣١]، فلم يجبا[٣٢] عن متلف واحد بجناية واحدة ، والحد تطهير وليس ببدل فهو كالكفارة مع الدية[٣٢].

* مسألة (٢٦١) : الغرم يجب مع القطع فى السرقة[١] ١٧٥/٠ش.

---

(٢٨) اما فى قتل الخطأ فالدية والكفارة . وأما فى قتل الصيد فالجزاء والضمان اذا كان الصيد مملوكا لشخص.

(٢٩) فى نسخة ((ب)) : الاتلاف .

(٣٠) أى فى حال الاكراه على الزنى .

(٣١) أى عن نفس المقتول .

(٣٢) فى نسخة ((ب)) : فلايجبان .

(٣٢) حيث يجتمعان فى جناية واحدة ، وهى حال القتل الخطأ .
بجامع ان كلا تظهير للجانى ، اما الاصل فهو الكفارة فى القتل الخطأ ، واما الفرع فهو الحد فى الزنى .
ولما كان حكم الاصل وجوب الكفارة والدية فى القتل الخطأ ، كان حكم الفرع كذلك فيجب الحد والمهر فى الزنى بمكرهة أيضا لذلك .
والمقصود: ان بين الاصل والفرع فى قياسهم الحد والمهر على القصاص والدية فى عدم اجتماعهما فى جناية واحدة فارقا ، فيبطل به قياسهم المذكور.

(١) جئ بهذه المسألة فى باب الغصب ، لأن السرقة غصب خفي .
ومحل وجوب الغرم: هو مالم تكن العين المسروقة قائمة . . والا وجب ردها قطعا .
وسواء كان السارق غنيا أو لا ، وسواء قطع أو لا ، قاله القليوبى جـ٤ ص١٩٨ . =

وقال أبو حنيفة : لا يجتمعان .(٢)

لنا : هو أنه حد يجب مع رد العين فجاز أن يجب مع رد بدلـــه ، كحد الزنا وقيمة الجارية ،(٣) ولانهما حقان(٤) يجبان بســـــببين

= أنظر المسألة فى : المختصر ص ١١٨ . المنهاج ص ١٣٤ .
وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى جـ٣ ص ٣٧٤ . كشاف القناع جـ٦ ص١٤٨ . المغنى جـ٩ ص ١٣٠ . فى كتاب السرقة .
وأوجب المالكية عليه الغرم ان كان موسرا يوم القطع ، والا فلا غرم ، بـل يقطع فقط .
وقيل : يضمن بكل حال موسرا كان أو معسرا ، وهو قول ابن عبد الحكـم ،
وقيل : لا يضمن بحال .
أنظر : القوانين ص ٣٩٠ . شرح المنح جـ٤ ص ٥٤٠ . الشرح الكبـير : جـ٤ ص ٣٤٧ .
وهو قول ابن حزم : أنظر المحلى جـ١٣ ص ٣٧٣ . كتاب السرقة .

(٢) أى مالم تكن العين المسروقة قائمة فى يد السارق فيجب ردها والقطع، واما اذا هلكت العين أو استهلكها السارق فلا يضمنها ، هذا هـــو المشهور عن أبى حنيفة فيما رواه عنه أبو يوسف ، وروى عنه الحسن - هـو ابن حى - انه يضمن الغرم باستهلاكه اياها ، دون هلاكها .
أنظر : الهداية جـ٥ ص ١٦٨ والتى تليها . التبيين جـ٣ ص ٢٣١ . مجمع الأنهر جـ١ ص ٦٢٧ .

(٣) حيث يجب عليه اذا زنى بجارية فماتت حد الزنى والقيمة لسيدها .
بجامع ان كلا حد يجب مع رد العين ، اما الاصل فحد الزنى ، وامـــا الفرع فحد السرقة .
ولما كان حكم الاصل وجوب الحد والقيمة فيه ، كان حكم الفرع كذلك فيجب عليه الحد وقيمة المسروق أيضا لذلك .

(٤) أى القطع والغرم .

لمستحقين ، [٥] فجاز أن يجتمعا بفعل واحد ، كالجزاء والقيمة فى الصيد . [٦]

فان احتجوا : بقوله جل وعز [٧] (والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما جزاء بما كسبا) [٨] فجعل القطع جميع الجزاء . [٩]

قلنا : لم يجعله جميع الجزاء ، وانما [١٠] جعله جزاء السرقة ، وجزاء السرقة القطع ، والضمان لا يتعلق بالسرقة . [١١]

قالوا : روى عبد الرحمن بن عوف [١٢] أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : (لا غرم على السارق اذا أقيم عليه الحد) . [١٣]

---

(٥) أحدهما لله تعالى وهو حد القطع ، وثانيهما للعبد وهو غرم المسروق .

(٦) حيث يجتمعان فى قتل الصيد فى الحرم أو الاحرام .

بجامع ان كلا حقان يجبان بسبب لمستحقين ، اما الاصل فالجزاء والقيمة فى قتل المحرم الصيد ، واما الفرع فالغرم والحد فى السرقة .

ولما كان حكم الاصل جواز اجتماع الجزاء والقيمة فيه ، كان حكم الفرع كذلك فيجوز اجتماع الحد والغرم فى السرقة أيضا لذلك .

(٧) فى نسخة ((ب)) : عز وجل .

(٨) المائدة آية / ٣٨ .

(٩) أى ولم يذكر القيمة أو الغرم ، فزيادته فى الجزاء زيادة على النص ، فيرد .

(١٠) فى الاصل (ولانه) وما أثبتناه من نسخة ((ب)) أولى لاقتضاء المقام له .

(١١) وانما يتعلق بالمسروق .

(١٢) أنظر ترجمته فى المسألة رقم (١) هامش (٣٩) .

(١٣) رواه النسائى جـ ٨ ص ٩٣ كتاب قطع السارق ، باب : تعليق يد السارق فى عنقه .

مرفوعا ولفظه : لا يغرم - بتشديد الراء - صاحب سرقة اذا أقيم عليه الحد . أهـ

ثم قال : وهذا مرسل وليس بثابت .

=

قلنا : يرويه سعد بن ابراهيم (١٤) وهو ضعيف عن أخيه المسور بن ابراهيم (١٥)

= ورواه الدارقطني بلفظ قريب من لفظ المصنف وهو : لا يغرم السارق اذا أقيم عليه الحد . أهـ جـ٣ ص ١٨٢ كتاب الحدود والديات ، رقم / ٢٩٧ ورقم / ٢٩٨ ثم قال : سعيد ابن ابراهيم مجهول ، والمسور ابن ابراهيم لم يدرك عبد الرحمن بن عوف ، وان صح اسناده ، كان مرسلا . أهـ.

وأيده ابن القطان في ذلك ، وكذا ايده الطبراني في الأوسط وعبد الحق في الأحكام .

وقال فيه أبو حاتم : هذا حديث منكر ومسور لم يلق عبد الرحمن . أهـ أنظر النصب جـ٣ ص ٣٧٥ .

(١٤) في نسخة ((ب)) : سعيد بن ابراهيم ./. وقد سماه اسحاق ابن الفرات سعدا . وسماه مفضل بن فضالة سعيدا . كما في الميزان : جـ٢ ص ١٢٦ رقم / ٣١٣٣ وأنظر التعليق في الهامش أيضا هناك .

ولم يذكر الزيلعي في النصب غير سعد ، ونقل عن صاحب التنقيح قوله : يوجد في بعض النسخ سعيد بن ابراهيم . والمعروف : سعد . أ هـ جـ٣ ص ٣٧٦ .

توفي سعد سنة خمس وعشرين ومائة ، وقد وثقه شعبة . أنظر الخلاصة ص١٣٣ .

(١٥) هو وأخوه سعد ابنا عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه الصحابي المشهور. قال في النصب جـ ٣ ص ٣٧٦ . قال أهل العلم بالحديث : لا نعرف له - أي لسعد - في التواريخ أخا معروفا بالرواية يقال له : المسور . أهـ وذكر أن أخاه سعدا مجهول أيضا ، لكن نقل في الخلاصة ص ١٣٣ عن شعبة قوله في سعد : كان ثبتا فاضلا يصوم الدهر ويختم في يوم وليلة ، أهـ

وقال في المسور ص ٣٧٧ : ارسل عن جده يعني عبد الرحمن بن عوف - وعنه أخوه سعد . أهـ.

وهو لم يلق عبد الرحمن (١٦) ، ثم نحمله (١٧) على الغرم الذى كان عقوبة (١٨) ثم شرع الحد وسقط الغرم .

قالوا : التضمين يوجب التمليك (١٩) ، فلو قلنا انه يضمن ويقطع صار القطع فى ملكه (٢٠) .

قلنا : التضمين لا (٢١) يوجب التمليك عندنا (٢٢) ، وعندهم يوجب فيما نقل الملك ،

---

(١٦) قاله الدارقطنى أيضا ، فى السنن جـ٣ ص ١٨٣ حديث رقم /٢٩٨ .
وكذا قال البيهقى أيضا جـ٨ ص ٢٧٧ .
وقد علل الزيلعى ذلك نقلا عن البيهقى ولم أجده فى السنن بنصه وان كان قريبا منه ، الا أن مافى النصب أوضح مما فى السنن للبيهقى فلعل نسخة الزيلعى غير التى بين ايدينا ، فقال : وذلك لأن ابراهيم ابن عبد الرحمن كان فى خلافة عمر بن الخطاب صبيا صغيرا ، ومات أبوه - أى عبد الرحمن بن عوف - فى خلافة عثمان ، فانما كان أدرك أولاده - أى بلغوا سن الرشد - بعد موت أبيه - أى عبد الرحمن - . أ هـ نصب الراية جـ٣ ص ٣٧٦ .

(١٧) أى على فرض التسليم بصحته .

(١٨) أى قبل نزول حد السرقة وهو القطع .

(١٩) أى تمليك العين المسروقة للسارق بعد ضمانه اياها .

(٢٠) أى لقطعناه فى مال هو يملكه ، وهذا غير وارد فى الشرع .

(٢١) سقط لفظ (لا) من الأصل .

(٢٢) أى بل يجب عليه الحد والغرم واعادة مابقى من المسروق المستهلك ان وجد .

والهالك لا يملك [٢٣]، ثم التضمين يوجب التمليك فى الحال، [٢٤] والقطع سبق ذلك، [٢٥] فلا يصير القطع فى ملكه .

* مسألة (٢٦٢) : العقار [١] يضمن بالغصب [٢] . / ١٧٥ ش.
وقال أبو حنيفة : لا يضمن [٣] .

---

(٢٣) كلمة (يملك) مطموسة فى نسخة ((ب)) .

(٢٤) أى على فرض التسليم به ، أو بناء على مذهبكم .

(٢٥) لأن التضمين لا يكون الا بعد القطع .

(١) وهو كل ملك ثابت ، له أصل ، كالدار والنخل ، واطلقه بعضهم على المتاع أيضا . وجمعه عقارات . أنظر المصباح جـ٢ ص ٧٢ .
وفسره فى شرح المحلى جـ٣ ص ١٩١ بأنه الدور والاراضى .

(٢) الوجيز جـ١ ص ٢٠٦ . فتح العزيز جـ١١ ص ٢٥١ . المنهاج ص ٧٠ .
وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى جـ٢ ص ٤٠٠ . كشاف القناع جـ٤ ص٨٣ والتى تليها . المغنى جـ٥ ص ١٧٩ .
وبه يقول ابن حزم : المحلى جـ٨ ص ٥٨٠ .

(٣) خلافا لمحمد وزفر، حيث قالا بضمانه . وهو قول أبى يوسف ثم رجع عنه .
أنظر: الهداية جـ٨ ص ٢٥٠ . التبيين جـ٥ ص ٢٢٤ . مجمع الأنهر: جـ٢ ص ٤٥٨ .
ومحل عدم ضمانه: ما اذا لم يكن عقار وقف أو ليتيم ، أو وديعة فجحده المستودع أو شهدا على رجل بالدار فقضى له به ، ثم رجعا عن شهادتهما ضمنا ما نقص الدار أيضا .
ومحله: مالم ينقص العقار بفعل الغاصب كسكناه وزرعه فيه ، والا بأن تلف بسماوى أو بفعل غيره فلا يضمن .
وذهب المالكية الى أنه اذا قصد بالغصب الاستيلاء على منافع العقار =

لنا : هو أنه مال فجاز أن يضمن بالغصب ، كالمنقول[٤] ، أو عين يصح قبضها فى العقود فصح قبضها فى الغصب[٥] ، كالمنقول[٦] ، ولأن الغصب أخذ مال الغير والاستيلاء عليه بغير حق وذلك موجود فى العقار[٧] ، ولهذا

= فقط دون الاستيلاء على ذاته ، فلا يضمنه لو انهدم أو تلف .
وانما يضمن قيمة سكناه وانتفاعه به فقط .
والا بان انهدم بفعله هو أو قصد الاستيلاء على ذات العقار فعليه الضمان .
أنظر : الشرح الكبير جـ٣ ص ٤٥٢ . الجواهر جـ٢ ص ١٥١ . شرح المنح : جـ٣ ص ٥٣٤ .

(٤) حيث يجب ضمانه بالغصب .
بجامع المالية فى كل من الاصل وهو المال المنقول والفرع وهو العقار .
ولما كان حكم الاصل وجوب الضمان فيه ، كان حكم الفرع كذلك فيجب ضمان العقار بالغصب أيضا لذلك .

(٥) وقبض كل شئ بحسبه ، فالمنقول بالنقل ، وغير المنقول كالعقار بوضع اليد عليه في الغصب ، وبالتخلية فى البيع .

(٦) حيث يتحقق غصبه بالنقل .
بجامع ان كلا عين يصح قبضها فى العقود ، اما الاصل فالمنقول واما الفرع فالعقار .
ولما كان حكم الاصل صحة قبضه فى الغصب ، كان حكم الفرع كذلك فيصح قبض العقار بالغصب أيضا لذلك .

(٧) فى نسخة ((ب)) : فى العقود . / وهو خطأ .

قال صلى الله عليه وسلم (من غصب شبرا من أرض طوقه من سبع (٨) أرضين)
فوجب أن يضمن .

قالوا : الغصب لا يكون الا بالنقل ، ولهذا لو جلس على بساط
رجل لم يصر (٩) غاصبا ، والنقل لا يوجد فى العقار ، وانما يوجد منع المالك
منه ، فلم يصر غاصبا ، كما لو حبس الرجل عن ماله. (١٠)

---

(٨) رواه البخارى جـ٢ ص ٦٨ كتاب المظالم ، باب اثم من ظلم شيئا من الأرض،
عن سعيد بن زيد مرفوعا ، ولفظه : من ظلم من الارض شيئا طوقه من
سبع أرضين .أهـ

ورواه مسلم جـ٣ ص ١٢٣٢ كتاب المساقاة باب تحريم الظلم وغصب
الأرض وغيرها رقم / ١٤٢ عن محمد بن ابراهيم ان أبا سلمة حدثه
وكان بينه وبين قومه خصومة فى أرض ، وانه دخل على عائشة فذكر
ذلك لها ، فقالت : يا أبا سلمة اجتنب الارض ، فان رسول الله
صلى الله عليه وسلم قال : من ظلم قيد شبر من الارض ، طوقه من سبع
أرضين .أهـ.

واما لفظ الحديث برواية المؤلف ، فقد قال ابن حجر : لم يروه أحد
منهم - أى ممن رووا هذا الحديث - بلفظ : من غصب . أهـ التلخيص
جـ٣ ص ٥٤ ، رقم / ١٢٦٩.

(٩) فى نسخة ((ب)) : لم يكن .

(١٠) حيث لا يصير به غاصبا لماله بذلك .
بجامع عدم نقل المال فى كل من الاصل وهو مالو حبس رجلا عن ماله ،
والفرع وهو غصب العقار.
ولما كان حكم الاصل عدم وجوب الضمان عليه به ، كان حكم الفرع كذلك ،
فلا يجب على غاصب العقار الضمان به أيضا لذلك .

قلنا : لا نسلم ان الغصب هو النقل ، بل الغصب ماقلناه ،[(١١)] ولهـــذا يضمن سمن[(١٢)] الجارية[(١٣)] عنده اذا طالبه بالرد ،[(١٤)] وان لم ينقـــل ،[(١٥)] ولو منع المودع الوديعة أو جحدها صار غاصبا ،[(١٦)] وان لم ينقل ، والبساط لا نسلم ، فانه يضمنه ، ويخالف منع المالك من ماله ، فان هناك[(١٧)] لم تثبت يده[(١٨)] على المال ، ويجوز[(١٩)] له بيعه ،[(٢٠)] ولهذا[(٢١)] لا يقال له[(٢٢)] : ارفع يدك عن المال ،[(٢٣)]

---

(١١) من أنه أخذ مال الغير والاستيلاء عليه من غير حق .

(١٢) سقط لفظ (سمن) من نسخة ((ب)) .

(١٣) فى نسخة ((ب)) : ولهذا يضمن العارية من العقار .

(١٤) أى ولم يخل بينه وبينها ، حيث يجب عليه ضمانها ان تلفت . لانـــه يصير به غاصبا .

(١٥) أى سمن الجارية ، لأن الفرض أنه حدث فيها السمن عند الغاصـــب ومع ذلك هو غاصب له .

(١٦) أى فتنقلب يده عنها من يد امانة الى يد ضمان مع أنه لم ينقلها لبقائها عنده .

(١٧) أى فى حال حبس المالك عن ماله .

(١٨) فى نسخة ((ب)) : يد الغاصب .

(١٩) فى نسخة ((ب)) : ولهذا لا يجوز له بيعه . / وهو خطأ والصواب حـذف لا النافية ،
والمراد على مافى الاصل : ويجوز لصاحب المال المحبوس عن ماله أن يبيعه .

(٢٠) لان يده لم تزل عنه بحبسه عن ماله .

(٢١) فى نسخة ((ب)) : ولا يقال : ارفع يدك عن المال . / وفى الأصل : ولهـذا يقال له . / وفى كلتا النسختين نقص . والصواب ماأثبتناه . والمقصود : انه لا يصح ان يقال له ذلك فى اللغة ولا فى العرف ، بل لأمكن توجيه الملامة على قائـل ذلك .

(٢٢) أى للغاصب .

(٢٣) لان يده لم توضع على المال ، بحبس صاحب المال عنه .

وها هنا (٢٤) تثبت يده (٢٥) على المال ، ولهذا لا يجوز له (٢٦) بيعه (٢٧) ، ولهذا (٢٨) يقال له : ارفع يدك عن المال (٢٩) ، ولانه فرق بين حبس المالك (٣٠) وبين حبس الدار (٣١) ، ألا ترى ان المشترى لو حبس البائع عن الدار المبيعة لم يصر قابضا (٣٢) ، ولو حبس الدار عنه (٣٣) صار قابضا (٣٤) .

* مسألة (٢٦٣) : اذا غصب ساجة (١) فادخلها فى بنائه وجب نقضه ورد الساجة (٢) . / ١٧٦ ى .

---

(٢٤) أى فى غصب العقار .

(٢٥) فى نسخة ((ب)) : يد الغاصب . / لانه منع المال عن صاحبه .

(٢٦) أى للمالك .

(٢٧) لتعذر امكان التسليم حال الغصب .

(٢٨) فى نسخة ((ب)) : ويقال له . / أى للغاصب .

(٢٩) لانه قد ازال باستيلائه عليه يد المالك عنه .

(٣٠) زاد فى نسخة ((ب)) : بين حبس المالك عن ماله .

(٣١) أى عن مالكها .

(٣٢) لانه لم يحصل من البائع تسليم للمبيع .

(٣٣) أى عن البائع .

(٣٤) لتحقق انتقال ملكها اليه بوضع يده عليها .

(١) الساج بالجيم المعجمة ، جمعها ساج ، وهو شجر عظيم صلب قوى ينبت ببلاد الهند ، وهى من أعز الأشجار ، يستعمل فى بناء الدور وأبوابها واساسها . أنظر مجمع الانهر جـ٢ ص ٤٦١ .
وهذه أول مسألة خالف فيها الشافعى الحنفية ، كما فى مواقيت العلوم للرازى ، أنظر حاشية سعدى جلبي جـ٨ ص ٢٦٤ .

(٢) الأم جـ٣ ص ٢٥٥ . الوجيز جـ١ ص ٢١٣ . المنهاج ص٧٢ .
وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى جـ٢ ص ٤٠١ . كشاف القناع جـ٤ ص ٨٧ . المغنى جـ٥ ص ٢١٠ .
=

وقال أبو حنيفة : لا يجب .(٣)

لنا : قوله صلى الله عليه وسلم (لا يأخذن أحدكم متاع صاحبه لاعبا أو جادا ، فاذا أخذ عصا أخيه فليردها عليه)(٤) ؛ ولانه تصرف فى مال الغير بعدوان يجوز

= وذهب المالكية الى تخيير صاحب الخشبة بين الهدم أو أخذ قيمتها ، خلافا لاشهب حيث قال : لا يهدم البناء العظيم لأجلها .

أنظر: الجواهر جـ٢ ص ١٥٠ . الشرح الكبير جـ٣ ص ٤٤٨ . شرح المنح جـ٣ ص ٥٢٢ .

ويشبه أن يكون هذا قول ابن حزم أيضا ، فقد قال : فمن غصب شيئا أو أخذه بغير حق . . . ففرض عليه ان يرده ان كان حاضرا . أهـ وفرض المسألة هنا أنها حاضرة غير تالفة والا لضمن قيمتها قطعا . أنظر المحلى جـ٨ ص ٥٦٥ .

(٣) لزوال ملك مالكها عنها بالبناء عليها . خلافا لزفر . كما فى حاشية الشلبي على التبيين جـ٥ ص ٢٢٨ .

ومحل عدم وجوب نقضه: هو ما اذا كانت قيمة البناء أكثر من قيمة الساجة والا بان كان أقل فلا يزول ملكه عنها . كما فى حاشية سعدى جلبى جـ٨ ص ٤٦٤ .

وذهب الكرخي وأبو جعفر من فقهاء الحنفية الى أن محل انقطاع ملك صاحب الساجة عنها ، هو ما اذا بنى الغاصب حولها ، واما اذا بنى عليها فلا ينقطع عنها ملكه فيهدم البناء وترد لصاحبها لتعديه عليها . لكنه قول مردود فى المذهب .

أنظر: الهداية جـ٨ ص ٤٦٤ . التبيين جـ٥ ص ٢٢٧ والتى تليها ، مجمع الأنهر جـ٢ ص ٤٦١ .

(٤) رواه أبو داود جـ٤ ص ٣٠١ كتاب الأدب ، باب من يأخذ الشي على المزاح . رقم / ٥٠٠٣ عن عبد الله بن السائب بن يزيد عن أبيه عن جده أنه سمع رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : لا يأخذن أحدكم متاع أخيه لاعبا =

نقضـــه ، فلا يقطع حق المالك عنه ، كما لو بنى فى ارض غيره أو غصب شـــجرا وغرسه فى أرضه (٥) ، (٦) والدليل على جواز النقض انه اذا جاز نقض داره ليعيدها على صفة أخرى لغرض ، فلأن يجوز ليتخلص من المأثم بيقين ويخرج من الخلاف ويتخلص من التقويم أولى .

قالوا : اتلاف ماله لمال هو تابع ، (٧) فلم يجز كما لو غصب خيطـــا وخاط به جرح حيوان . (٨)

= ولا جادا ، وقال سليمان - أحد رجال السند - لعبا ولا جدا ، ومن أخـذ عصا أخيه فليردها .أهـ.

ورواه الترمذى جـ٤ ص ٤٦٢ كتاب الفتن ، باب ماجاء لا يحل لمسلم أن يروع مسلما ، رقم/ ٢١٦٠ ولفظه : لا يأخذ أحدكم عصا أخيه لاعبا أو جـادا ، فمن أخذ عصا أخيه فليردها اليه .أهـ

ثم قال : وهذا حديث حسن غريب .أهـ.

(٥) فى نسخة ((ب)) : فغرسها .

(٦) حيث لا ينقطع به ملك صاحب الأرض والشجر عن أرضه أو شجره المغصوب . بجامع التصرف فى مال الغير بعدوان يجوز نقضه ، فى كل من الأصل وهو مالو بنى فى أرض الغير أو غرس شجر الغير فى أرضه ، والفرع وهو مالو غصب ساجة الغير وبنى عليها ، ولما كان حكم الاصل عدم انقطاع ملكه عنه بـــه ، كان حكم الفرع كذلك فلا ينقطع ملك صاحب الساجة عنها بالبناء عليها أيضا لذلك .

(٧) وانما صارت الخشبة هنا تابعة للبناء ، لأنه أكثر قيمة منها ، والاقل يتبـع الأكثر . ولاعتماد البناء عليه أيضا فصارت جزءا منه وتابعة له .

(٨) حيث لا يجوز له أخذ الخيط ، لانه أصبح تابعا للحيوان ، لاعتمـــاد حياته عليه .

بجامع ان فى كل اتلاف مال لمال هو تابع له ، اما الاصل فالحيوان اذا خيط جرحه بخيط مغصوب ، واما الفرع فهو البناء اذا شيد على ساجـة مغصوبة .

=

قلنا : لا نسلم انه تابع ،لأن ملك الغير لا يصير تابعا لملكه ، ولهـــذا لو باع جارية حاملا بولد لغيره (٩) لم يدخل الولد في المبيع (١٠) ، ولأن مال الغاصب لا حرمة له ،ولهذا قال صلى الله عليه وسلم (ليس لعرق ظالم حـــق) (١١)

= ولما كان حكم الاصل عدم جواز نقض الجرح لرد الخيط المغصوب ، كـان حكم الفرع كذلك ،فلا يجوز نقض البناء لرد الساجة للمغصوب منه أيضـا لذلك .

(٩) كما لو كانت الأمة متزوجة ،وأراد سيدها بيعها وكانت حاملا من زوجها .

(١٠) لانه ليس ملكا للسيد ،وانما هو تابع للزوج .

(١١) رواه أبو داود جـ٣ ص ١٧٨ كتاب الخراج والامارة والفئ ، باب فـي احياء الموات . رقم / ٣٠٧٣ عن سعيد بن زيد مرفوعا : من أحيـا أرضا ميتة فهي له ، وليس لعرق ظالم حق .أهـ.
ورواه الترمذي جـ٣ ص ٦٦٢ كتاب الأحكام باب ماذكره في احياء الموات رقم /١٣٧٨ ثم قال : هذا حديث حسن غريب . ـوأشار الى روايـة أخرى مرسلة فقال : ـ وقد رواه بعضهم عن هشام بن عروة عن أبيه عـن النبي صلى الله عليه وسلم مرسلا .أهـ.
ورواه البخاري تعليقا ،جـ٢ ص ٤٨ في الحرث والمزارعة .
قال ابن حجر : وصله اسحاق بن راهويه ،قال : أخبرنا أبو عامر العقدي عن كثير بن عبد الله بن عمرو بن عوف ، حدثني أبي ان أباه حدثه أنه سمع النبي صلى الله عليه وسلم يقول : من أحيا أرضا مواتا من غير أن يكون فيهـا حق مسلم فهي له ، وليس لعرق ظالم حق .أهـ
ثم قال : وهو عند الطبراني ثم البيهقي ، وكثير هذا ضعيف أهـ الفتح : جـ٥ ص ١٩ رقم الباب /١٥ .
قلت : هو في البيهقي من طريق عائشة مرفوعا : العباد عباد الله والبـلاد بلاد الله فمن أحيا من موات الارض شيئا فهو له وليس لعرق ظالم حق . أهـ جـ٦ ص ١٤٢ كتاب احياء الموات باب من أحيا أرضا ميتة فهي له بعطيـة =

ولهذا لو غصب شيئا ونقله الى موضع يلزمه فى رده مؤونة لزمه ذلك [١٢]، ويخالف الخيط [١٣]، فان ذاك تعلق به حرمة الحيوان [١٤]، وحرمة [١٥] الحيوان آكد [١٦]، ولهذا لا يجوز أن يمنع فضل الماء لاجل [١٧] الحيوان ، ويجوز

= رسول الله صلى الله عليه وسلم دون السلطان .

ورواه فى ص١٤٣ من طريق هشام بن عروة عن أبيه مرفوعا : من أحيا أرضا ميتة فهى له ، وليس لعرق ظالم حق .أهـ.

لكن قال فى التلخيص جـ٣ ص ٥٤ رقم/ ١٢٧٠ : واختلف فيه على هشام ابن عروة اختلافا كثيرا .أهـ

قال ابن حجر فى ضبط لفظ الحديث : قوله : لعرق ظالم ، هو بالتنوين ، وبه جزم الأزهرى وابن فارس وغيرهما ، وغلط - أى نسب للغلط - من رواه - بالاضافة .أهـ التلخيص جـ٣ ص ٥٤ رقم/ ١٢٧٠.

ومعنى العرق الظالم : هو ان يجى الرجل الى ارض قد أحياها رجل قبله فيغرس فيها غرسا غصبا ليستوجب به الأرض. كما فى النهاية جـ٣ ص٢١٩.

(١٢) أى بذل المؤونة . لأن مال المغصوب منه محترم فيجب على الغاصب بذل مال نفسه ، فى رده الى موضعه .

(١٣) أى الخيط اذا خيط به جرح حيوان .

(١٤) وهى حياته ، اذ قد يموت بنزع الخيط من جرحه ، أو قد يتألم ، فوجب ترك الخيط لذلك .

(١٥) فى نسخة ((ب)) : وهى اكد .

(١٦) أى من تعلق حق صاحب الخيط بخيطه .

(١٧) فى نسخة ((ب)) : لحرمة الحيوان .

وقد روى مسلم جـ٤ ص ١٧٦١ فى كتاب السلام ، باب فضل ساقى البهائم المحترمة واطعامها ، حديثا عن أبى هريرة مرفوعا : بينما رجل يمشى بطريق اشتد عليه العطش ، فوجد بئرا فنزل فيها فشرب ، ثم خرج فاذا كلب يلهث - اخرج لسانه من شدة العطش - يأكل الثرى من العطش ، =

لأجل المال[١٨] ، ولهذا لو اكره على القتل بالمال[١٩] وجب عليه القود[٢٠] ، ولو أكره بالقتل[٢١] لم يجب عند هم.[٢٢]

= فقال الرجل : لقد بلغ هذا الكلب من العطش مثل الذى كان مني ، فنزل البئر فملأخفه ماء ، ثم أمسكه بفمه حتى رقى ، فسقى الكلب ، فشكر الله له فغفر له قالوا : يارسول الله ، وان لنا فى هذه البهائم لأجرا ؟ فقال : فى كل كبد رطبة اجر - أى فى الاحسان الى كل حيوان حى تسقيه أجر - أهـ . رقم/١٥٣.

(١٨) كما لو منع الماء عن الزرع والشجر وغيرها من الجمادات .

(١٩) بأن قيل له : اقتل فلانا ، والا أخذت مالك .

(٢٠) لانه قدم حفظ المال على حفظ النفس وهى محترمة.

(٢١) بأن قيل له : اقتل فلانا والا قتلتك .

(٢٢) زاد فى نسخة ((ب)) : ولو أكره بالقتل لم يجب القود عليه عند هم . / أى عند أبى حنيفة ومحمد بن الحسن ، وذهب أبو يوسف الى سقوط القود عن المكره والمكره أيضا ، وخالف زفر فقال : يجب على المكره - بالفتح - لانه مباشر دون الأمر لانه متسبب .
انظر مجمع الأنهر جـ ٢ ص ٤٣٣ .
والمراد : أن بين الاصل والفرع فى قياسهم غصب الساجة والبناء عليها ، على غصب خيط اذا خيط به جرح حيوان فى سقوط الملك عن المغصوب ، فارقا يبطل به قياسهم المذكور.

* مسألة (٢٦٤) : اذا حفر بئرا فى أرض غيره جاز له طمها[١] ./١٧٦ى.

وقال أبو حنيفة : ليس له طمها اذا رضى صاحب الأرض.[٢]

لنا : هو انه تعدى بحفرها فله طمها ، كما لو حفر فى طريق المسلمين.[٣]

---

(١) من قولك : طممت البئر وغيرها بالتراب طما ، اذا ملأتها حتى استوت مع الأرض ، وبابها قتل : طم يطم طما ،كقتل يقتل قتلا ، وتقول : طم الماء الاناء اذا ملأه . أنظر المصباح جـ٢ ص ٢٥.

والمقصود: جاز له طمها وان لم يأمره المالك ،ليدفع عن نفسه خطر ضمان من يتلف بها .

أنظر المسألة فى : الأم جـ٣ ص ٢٥٠. الوجيز جـ١ ص ٢١١. المنهاج : ص ٧١ . شرح المحلى جـ٣ ص ٣٧

وخالف المزنى فقال : لا يطم الا باذن المالك ، كما فى فتح العزيز جـ١١ ص ٣٠٣ والمختصر ص ١١٨.

ومحل جواز الطم:اذا كان له غرض صحيح كدفع ضمان ما يتلف بها عن نفسه والا فليس له طمها . اذا اذن مالك الارض ببقائها فى اظهر الوجهين كما فى فتح العزيز جـ١١ ص٣٠٣.

وبجواز طمها مالم يرض بها المالك ولم يكن للغاصب غرض صحيح فى الطم ، يقول الحنابلة أيضا .

أنظر: شرح المنتهى جـ٢ ص٤٠٧ .كشاف القناع جـ٤ ص٩٧ . المغنى : جـ٥ ص ١٨٢.

(٢) لم أقف عليه .

ولم أقف على قول المالكية ولا ابن حزم أيضا .

(٣) حيث يجوز له طمها دفعا لاحتمال الضمان بتلف من يقع فيها .

بجامع التعدى بالحفر ،فى كل من الأصل وهو مالو حفر بئرا فى طريق المسلمين والفرع وهو مالو حفر بئرا فى ملك غيره .

ولما كان حكم الاصل جواز طمها اذا حفرها فى طريق عام ،كان حكم الفرع كذلك فيجوز له طمها اذا حفر فى ملك غيره أيضا لذلك .

قالوا : رضى بالبئر، فأشبه اذا اذن فى حفرها (٤).

قلنا : الرضا مخالف (٥) للاذن ، الا ترى انه لو اذن له فى الجرح (٦) سقط عنه (٧) الضمان ، ولو منعه (٨) من مداواته (٩) لم يسقط عنه (١٠) الضمان (١١) (١٢).

---

(٤) حيث لا يجوز للغاصب الحافر طمها بعد الاذن بحفرها .
بجامع الرضى بالبئر فى كل من الاصل وهو مالو اذن المالك فى حفره ، والفرع وهو مالو لم يأذن .
ولما كان حكم الاصل عدم جواز طمها بعده ، كان حكم الفرع كذلك فلا يجوز له طمها اذا اذن المالك بابقائها أيضا لذلك .

(٥) فى نسخة ((ب)) : الرضا بخلاف الاذن .

(٦) فى الاصل : فى الجروح / بالجمع ، وما فى نسخة ((ب)) هو الصحيح لأن المقصود هنا الفعل ، لا الافراد ولا الجمع .

(٧) أى عن الجارح .

(٨) لان الجناية ناتجة عن فعل مأذون فيه ، ومحل سقوط الضمان جملة هو ما اذا لم يسر الجرح الى النفس ، والا بان سرى اليها فمات ، فهدر ، وفى قول تجب على الجارح المأذون له الدية ، بناء على ان الدية تجب للوارث ابتداء وليست بدلا عن القصاص . أنظر شرح المحلى جـ٤ص١٢٧ .

(٩) فاعل المنع هو المجروح ، ومفعوله هو الجارح .

(١٠) أى الجرح .

(١١) أى عن الجارح .

(١٢) لان رضاه بالجناية حصل بعد وقوعها ، فوقعت مضمونة ، والمداواة غير مقطوع بالشفاء بها .
فصح أن الرضا بالحفر غير الاذن به ، فجاز للحافر طمها وان رضى بها المالك اذن .

* مسألة (٢٦٥) : اذا غصب ثوبا فصبغه بصبغ من عنده ، كان له (١) نزع الصبغ ٠/ ١٧٦ى٠ (٢)

وقال أبو حنيفة : لصاحب الثوب منعه من نزعه. (٣)

---

(١) أى للغاصب . وان لم يرض المغصوب منه .

(٢) الأم جـ٣ ص ٢٥٤ ٠ المختصر ص ١١٨ ٠ فتح العزيز جـ١١ ص ٣١٤ ٠
ومحل جواز نزعه له: هو ما اذا أمكن فصله منه ، فان لم يمكن الا بنقص قيمة الثوب ،ضمنه الغاصب بالنزع .

وذهب الحنابلة الى جواز نزعه اذا اتفقا على ذلك ، والا فلا يجب نزعه وان ضمن صاحب الثوب ما يلحق الصبغ من النقص .
واذا اتفقا ضمن الغاصب النقص فى الثوب ان لحقه به نقص ، فان لم تزد أو زادت قيمة الثوب بابقاء الصبغ ،كان الغاصب شريكا لصاحب الثوب فيه .
أنظر: شرح المنتهى جـ٢ ص ٤١١ . كشاف القناع جـ٤ ص ١٠٤ ٠ المغنى جـ٥ ص ٢١٥ ٠

(٣) الهداية جـ٨ ص ٢٧٠ ٠ التبيين جـ٥ ص ٢٢٩ ٠ مجمع الانهر جـ٢ ص ٤٦٣ ٠
وأما المالكية ، فذهبوا الى تخيير صاحب الثوب ان زادت قيمة ثوبه بالصبغ أو لم تزد بين أخذ قيمته أبيض يوم غصبه ،أو أخذه مصبوغا ودفع قيمة الصبغ للغاصب .

وان نقصت قيمته بالصبغ خير بين أخذه مع الارش أو أخذ قيمته يوم غصبه ،
أنظر : الشرح الكبير جـ٣ ص ٤٥٤ . الجواهر جـ٢ ص ١٥١ ٠ شرح المنح جـ٣ ص ٥٣٨ ٠
ولم أقف على قول ابن حزم فى هذه المسألة .

لنا : هو أنه عين ماله، له قلعه برضاه ،فكان له قلعه بغير رضـاه ، كما لو بنى فى ملكه .(٤)

قالوا : قد صار تابعا لملكه ،فأشبه الخيط.(٥)

قلنا : الخيط لا يجوز قلعه بالرضا(٦) وهذا(٧) بخلافه.(٨)

---

(٤) حيث للغاصب قلع البناء وان لم يرض صاحب الارض المغصوبة ،بجامع انه عين ملكه ، فى كل من الاصل وهو مالو بنى فى الارض المغصوبة،والفرع وهو مالو صبغ الثوب المغصوب .
ولما كان حكم الاصل جواز قلعه مابناه فى أرض الغير وان لم يرض صاحب الارض ،كان حكم الفرع كذلك فللغاصب نزع الصبغ وان لم يرض صاحب الثوب أيضا لذلك .

(٥) أى المغصوب ، اذا خيط به جرح حيوان محترم ، حيث لا يجوز له نزعه . بجامع التبعية لملكه فى كل من الأصل وهو مالو غصب خيطا وخاط به جرح حيوان ،والفرع وهو مالو صبغ الثوب المغصوب .
ولما كان حكم الاصل عدم جواز نزعه ،كان حكم الفرع كذلك ،فلصاحب الثوب منعه من نزعه أيضا لذلك .

(٦) فى نسخة ((ب)) : الا بالرضا . / وهو خطأ ،لأن خيط جرح الحيوان لا يجوز نزعه وان رضى صاحب الحيوان ،لما فيه من ايلام الحيوان ،الا أن يكون مأكولا فقيل: يذبح ويعاد الخيط لصاحبه ، وقيل : لا يذبح بل يعطى لصاحب الخيط قيمته ، وهو الأظهر . أنظر فتح العزيز جـ١١ ص ٣٢٧ .

(٧) أى نزع صبغ الغاصب من الثوب المغصوب .

(٨) حيث يجوز لصاحب الثوب الرضا بنزع الصبغ منه .
أى وهذا فارق بين الاصل والفرع ، فيبطل به قياسهم المذكور.

* مسألة (٢٦٦) : اذا غصب شاة فذبحها وشواها أو حنطة فطبخها لم يملكها.[1] /١٧٦ ى.

وقال أبو حنيفة : يملكها.[2]

---

(١) أى بل يردها بما صارت اليه ، ويضمن ارش النقص ان نقص.
أنظر: الأم جـ٣ ص٢٥٧. الوجيز جـ١ ص ٢١١. فتح العزيز جـ١١ ص٣١١.
وهو قول الحنابلة أيضا :
أنظر: شرح المنتهى جـ٢ ص٤٠٦. كشاف القناع جـ٤ ص٩٦. وذكر في المغنى جـ٥ ص١٩٦،
رواية أخرى عن الامام أحمد انه يملكها بالقيمة ، رواها عنه محمد بن الحكم ، ثم قال : الا أنه قول قديم رجع عنه ، فان محمدا مات قبل أبي عبد الله - يعني الامام أحمد - بنحو من عشرين سنة. أهـ.
وببقاء ملكه عليها يقول ابن حزم أيضا : أنظر المحلى جـ ٨ ص٥٧٧.

(٢) أى ولا يجوز له الانتفاع بها الا بعد دفع ثمنها للمغصوب منه ، لكن يجوز له بيعها وهبتها.
خلافا لأبي يوسف في رواية حيث قال لا يملكها الغاصب ، وروى عنه أنه يملكها ولكنها تباع عليه ويوفى به ماوجب للمغصوب منه من القيمة أو المثل ، وان مات الغاصب ، فالمغصوب منه أحق به من سائر الغرماء كما في الرهن.
أنظر: الهداية جـ٨ ص٢٥٩ و ص٢٦٢. التبيين جـ٥ ص٢٢٦. مجمع الأنهر جـ٢ ص٤٦٠.
وبزوال ملكه عنها يقول المالكية أيضا خلافا لأشهب في الاصناف الربوية فقط ، حيث قال : لا تنتقل بالتغيير لئلا يؤدى ذلك الى الربا ، أى فيأخذ قمحه وان طحنه الغاصب ، ولا يلزمه اجرة الطحن للغاصب وكذا لو عجن الدقيق أو خبز العجين. وماعدا الاصناف الربوية فتنتقل الى الغاصب بالتغيير فيها.
أنظر: الشرح الكبير جـ٣ ص٤٤٦. الجواهر جـ٢ ص١٤٩. شرح المنح جـ٣ ص٥١٨.

لنا : هو انه فعل لو فعله فى ملكه لم يزل ملكه ، فاذا فعله فى ملك المغصوب منه ، لم يزل ملكه ، كما لو ذبحها ولم يشوها [٣]، ولا يلزم احبال الأب جارية ابنه [٤]، لان ذاك [٥] ليس من فعله [٦]، ولانه تعد على ملك الغير لا يبطل حكم المالية، فلا يزيل [٧] ملك المالك عنه ، أصله [٨] ما ذكرناه [٩] ، ولانه لو ملكه لما وقف

---

(٣) حيث لا يزول ملك المغصوب منه عنها ، بل يلزم الغاصب ردها مع الارش .
بجامع ان كلا فعل لو فعله فى ملكه لم يزل ملكه عنه ، اما الأصل فما لو ذبح الشاة غاصبها ، واما الفرع فما لو ذبحها الغاصب وشواها أو طبخها .

ولما كان حكم الاصل عدم زوال ملك المغصوب منه عنها بالذبح فقط، كان حكم الفرع كذلك فلا يزول ملكه عنها اذا فعل ذلك بها الغاصب وشواها أيضا لذلك .

(٤) حيث يزول ملك الابن عنها به . أى مع أنه فعل لو فعله الابن فى جارية نفسه لم يزل ملكه عنها .

(٥) فى نسخة ((ب)) : ذلك . / أى الاحبال .

(٦) أى الاب ، اذ ليس ذلك فى يده ، فقد يطأ ويكون الحبل وقد لا يكون ، أو يقال : ليس ذلك من فعله وحده ، بل من فعلها هى معه أيضا

بخلاف ذبح الشاة وشيها أو طبخها ، فهو من فعل الغاصب .
وهذا الفارق بين الاصل والفرع يبطل به قياسهم المذكور .

(٧) فى نسخة ((ب)) : فلم يزل .

(٨) أى دليله ، كقولهم : الاصل فى وجوب الحج ، قوله تعالى (ولله على الناس حج البيت من استطاع اليه سبيلا) .

(٩) يعنى أنه فعل ، لو فعله فى ملكه لم يزل ملكه ، فاذا فعله الغاصب فى ملك المغصوب منه لم يزل ملكه عنه به أيضا .

تصرفه على الصدقة قبل دفع القيمة ،[١٠] ولأن البائع[١١] لو طحن الحنطة ثم استحقت[١٢] لم يملكها ،[١٣] فالغاصب أولى .[١٤]

---

(١٠) يشير بذلك الى أنهم قائلون بعدم جواز انتفاع الغاصب بالشاة بعد الطبخ أو الشى وبالحنطة بعد الطحن ونحو ذلك ، الا بعد دفع ثمنها استحسانا ، وفى القياس لا يجب ذلك ، وهو قول الحسن وزفر ورواية عن أبى حنيفة رواها عنه الفقيه أبو الليث . أنظر الهداية : جـ٨ ص ٢٦٢ .
ودليلهم: الحديث الآتى فى حجتهم الآتية بعد هذه . وفيه أنه صلى الله عليه وسلم أمر بالتصدق بالشاة المغصوبة على الاسارى ، حيث دل الأمر بالتصدق بها على زوال ملك المالك عنها ، وحرمة الانتفاع بها قبل ارضاء صاحبها .
والشيرازى يريد أن يقول : فلو زال ملك المالك عنها ، لما وقف جواز انتفاع الغاصب بها ، على دفع ثمنها ، كما هو قولكم ، فدل على عدم زوال ملك مالكها عنها بالتغيير .
لكنهم يجيبون : بأن ذلك انما وجب ، لأن فى اجازة الانتفاع بها قبل دفع القيمة فتحا لباب الغصب ، فيحرم قبل الارضاء حسما لمادة الفساد .

(١١) كذا فى النسختين ، والصواب ولأن المشترى .

(١٢) سقط قوله (ثم استحقت) من الاصل ./ أى فبان ان الحنطة قد تعلق بها حق غير البائع .

(١٣) أى المشترى المذكور بطحنها ، مع كونها قد تغيرت بالطحن بل تعاد الى مستحقها .

(١٤) لانه متعد فى وضع يده عليها . بخلاف المشترى المذكور فقد ملكها بعقد ، وان كان فاسدا لتعلق حق الغير بها ، ومع ذلك وجب عليه ردها وان طحنها عنده .

قالوا : روى أن النبي صلى الله عليه وسلم زار [(١٥)] قوما فقدموا شاة مصلية [(١٦)] فتناول منها لقمة فجعل يلوكها ولا يسيغها [(١٧)]، فقال : ان هذه الشاة لتخبرني انها أخذت بغير حق ، فقالوا [(١٨)] : نعم يارسول الله ، شاة لبعض جيراننا ونحن نرضيهم من ثمنها ، فقال صلى الله عليه وسلم أطعموها الاسرى [(١٩)].

---

(١٥) في نسخة ((ب)) : رأى قوما . / وهو تحريف.

(١٦) أي مشوية ، تقول : صليت اللحم أصليه ، من باب: رمى ، اذا شويته . أنظر المصباح جـ١ ص ٣٧١ باب : صلى .
وفي النهاية جـ٣ ص ٥٠ : يقال : صليت اللحم بالتخفيف - أي في اللام - أي شويته فهو مصلى ، فاما اذا احرقته والقيته في النار قلت : صليته بالتشديد وأصليته . أهـ .

(١٧) في نسخة ((ب)) : فجعل يلوكه ولا يستسيغه . / أي لا يقدر على بلعه ، تقول : ساغ الشيء يسوغ سوغا من باب قال اذا سهل مدخله في الحلق ، ومنه قوله تعالى في حكاية حال شراب الكافر في النار (من ورائه جهنم ويسقى من ماء صديد . يتجرعه ولا يكاد يسيغه) سورة ابراهيم آية / ١٧ ، أي لا يكاد يبتلعه . أنظر المصباح جـ١ ص ٣١٦ في سوغ .

(١٨) في نسخة ((ب)) : قالوا .

(١٩) رواه أبو داود جـ٣ ص ٢٤٤ في كتاب البيع ، باب في اجتناب الشبهات . رقم / ٣٣٣٢ عن رجل من الأنصار ، قال : خرجنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم في جنازة ، فرأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يوصي الحافر: أوسع من قبل رجليه ، أوسع من قبل رأسه ، فلما رجع استقبله داعي امرأة ، فجاء ، وجيء بالطعام ، فوضع يده ، ثم وضع القوم ، فأكلوا ، فنظر آباؤنا رسول الله صلى الله عليه وسلم يلوك لقمة في فمه ، ثم قال : أجد لحم شاة أخذت بغير اذن أهلها ، فارسلت المرأة ، قالت : يارسول الله ، اني ارسلت الى البقيع يشترى - بالبناء للمفعول - لي شاة ، =

قلنا : تفرد به عاصم بن كليب، قال علي المدائني [٢٠] :لا يحتج بـــه ،

= فلم أجد ،فأرسلت الى جار لي قد اشترى شاة ، ان ارسل الى بهـــا بثمنها ، فلم يوجد ،فارسلت الى امرأته فارسلت اليّ بها فقــــال رسول الله صلى الله عليه وسلم اطعميه الأسارى .أهـ.

ورواه الامام أحمد جـ٣ ص ٣٥١ . عن عاصم بن كليب عن أبيه ان رجلا. .الخ .

قال الزيلعي : وهذا سند الصحيح . الا أن كليب بن شهاب والد عاصم لم يخرجا له في الصحيح ، وخرج له البخاري في جزئه في رفع اليديــن ، وقال فيه ابن سعد : ثقة ، وذكره ابن حبان في الثقات ، ولا يضـــره قول أبي داود : عاصم بن كليب عن أبيه عن جده ليس بشئ ،فان هـــذا ليس من روايته عن أبيه عن جده . أهـ النصب جـ٤ ص ١٦٨ .

وأخرجه الدارقطني جـ٤ ص ٢٨٥ كتاب الصيد والذبائح ،رقم /٥٤ عنه أيضـــا .

ورواه الطبراني عن أبي موسى بلفظ قريب من سياق المصنف ، فقال :حدثنا أحمد بن القاسم الطائي ، ثنا بشر بن الوليد ثنا أبو يوسف القاضي عن أبي حنيفة عن عاصم بن كليب عن أبي بردة عن أبي موسى أن رسول اللــــه صلى الله عليه وسلم زار قوما من الانصار في دارهم ،فذبحوا له شاة فصنعوا له منها طعاما ،فأخذ من اللحم شيئا ليأكله ،فمضغه ساعة لا يسيغه ،فقال : ماشأن هذا اللحم؟ قال : شاة لفلان ذبحناها ، حتى يجئ نرضه من ثمنها فقال عليه السلام : اطعموها الأسارى .أهـ . النصب جـ٤ ص١٦٩ .

قال في الدراية جـ٢ ص ٢٠١ : وهذا ـ أي سند الطبراني ـ معلول ، فـــان محمد بن الحسن رواه عن أبي حنيفة عن عاصم بن كليب بالاسناد الأول ـ كذا ـ وهو المحفوظ من رواية غيره عن عاصم .أهـ . رقم/٨٨٦ .

(٢٠) في نسخة ((ب)) : علي بن المدني . / ويقال له أيضا : علي بن المديني .

وهو علي بن عبد الله بن جعفر بن نجيح التميمي السعدي عن أبيه وحماد بـن زيد وابن عيينة والقطان وعنه محمد بن عبد الرحيم ومحمد بن يحي وهـــو محدث مؤرخ وحافظ عصره وكان أعلم من الامام أحمد باختلاف الحديث ولـــه نحو مائتي مصنف ولد في البصرة ومات بسامرا قال البخاري مات سنة أربـــع وثلاثين ومائتين . الخلاصة ص٢٧٥ . والاعلام جـ٤ ص ٣٠٣ .

يعني فيما تفرد به [٢١] ، ثم يجوز أن يكون أمر باطعامه لانهم ملكوه [٢٢] ، أولانه وجد بالاسرى ضرورة ، أو رآه مالا ضائعا فصرفه الى الاسرى ، ليضمن [٢٣] بدله [٢٤] ، فوجب التوقف فيه [٢٥] .

قالوا : اخرج العين عن المقصود بها بزيادة [٢٦] معنى ، فزال ملكه عنها [٢٧] ،

---

(٢١) فاعل التفرد هو عاصم بن كليب .

واسمه عاصم بن كليب بن شهاب الجرمي . الكوفي ، روى له مسلم وأصحاب السنن الأربعة ، روى عن أبيه وأبي بردة ، وروى عنه شعبة وغيره .

كان من العباد الأولياء ، لكنه مرجئ .

وثقه ابن معين ، وقال أبو حاتم : صالح .

وقال ابن المديني : لا يحتج بما انفرد به . توفي / ١٣٧ .

أنظر الميزان جـ٢ ص ٣٥٦ ، رقم / ٤٠٦٤ .

(٢٢) أي بتغيير الشاة بالذبح والشي ، على ما هو قولكم .

(٢٣) أي النبي صلى الله عليه وسلم .

(٢٤) أي لصاحب الشاة .

(٢٥) أي والدليل اذا كان مجملا يحتمل أكثر من معنى يجب التوقف فيه ، حتى نقف على البيان ، فلا يجوز العمل بأحد محتملاته الا بدليل خارج عن لفظه لعدم دلالة لفظه على المراد به ، وامتناع التكليف بما لا دليل عليه .

أنظر شرح الكوكب المنير جـ٣ ص ٤١٤ باب المجمل .

(٢٦) في نسخة ((ب)) : لزيادة ./ باللام بدل الباء . والزيادة هي دخول الصنعة فيها .

(٢٧) في الأصل (عنه) ، والتأنيث أولى لعوده على لفظ العين ، وبالتذكير يعود على المغصوب .

كما لو قتل الشاة أو احبل جارية ابنه.(٢٨)

قلنا : يبطل به اذا ذبح ولم يشوه(٢٩) ويخالف القتل ،فانه يبطل معنى الملك فيه ، ولهذا لو فعله المالك زال ملكه ،(٣٠) والاحبال(٣١) يبطل معنى الملك،(٣٢) ولهذا منع(٣٣) من التصرف فيه(٣٤) وهذا(٣٥) بخلافه،(٣٦) والأب لـه

---

(٢٨) حيث يزول ملك المغصوب منه عن الشاة اذا قتلها الغاصب ، ويزول ملك الابن عن جاريته اذا وطئها أبوه .
بجامع اخراج العين عن المقصود منها بزيادة معنى فيها ، فى كل من الاصل وهو الشاة اذا قتلها الغاصب وجارية الابن اذا وطئها الأب . والفرع وهو الشاة اذا ذبحها الغاصب والحنطة اذا طحنها . ولما كان حكم الاصل زوال ملك المغصوب منه عنها كان حكم الفرع كذلك فيزول ملكه عنها أيضا لذلك .

(٢٩) حيث لا يزول ملك المغصوب منه عنها . مع كون الغاصب قد أخرج عين الشاة عن المقصود بها بذبحها ، فلم تصلح هذه العلة جامعة بين الاصل والفرع فى قياسهم لعدم اضطرادها ، حيث تخلف الحكم عنها فى ذبح الشاة وعدم شيها .

(٣٠) لأن الشاة تذبح ولا تقتل ،فاذا قتلها بخنقها أو وقذها أو نحو ذلك كانت ميتة ، والميتة لا يحل تملكها لنجاستها .

(٣١) أى احبال جارية ابنه .

(٣٢) لان الجارية تصير به أم ولد للأب . فيزول عنها وصف الملك ، فلا يجوز بيعها .

(٣٣) أى الابن .

(٣٤) لصيرورتها أم ولد الأب.

(٣٥) أى تغيير الغاصب المغصوب،كطحن الحنطة أو ذبح الشاة وشيها أوطبخها .

(٣٦) فان ذبح الشاة وشيها لا يزول به ملك المالك عن الشاة سواء حصل من المالك أو الغاصب، واذ هو كذلك ،فلا يصح قياسه على احبال الاب جارية الابن .

حق فى جارية الابن ، فجاز أن يفضى الى الملك ، كالشفيع (٣٧) ، وهذا (٣٨) لا حق له (٣٩) ، فلا يملك مال غيره بفعله (٤٠).

* مسألة (٢٦٧) : اذا غصب طعاما ثم اطعمه المغصوب منه وهو لا يعلم لم يبرأ (١) من الضمان ٠/١٧٦ ش.

---

(٣٧) حيث يجوز للجار أن يملك ما يملكه جاره بالشفعة ، لحق الجوار.
بجامع ان لكل حق فى العين ، اما الاصل فهو الشفيع ، واما الفرع فالأب .
ولما كان حكم الاصل جواز أن يفضى حق الجار الى ملك دار جاره ، كان حكم الفرع كذلك فيجوز أن يفضى حق الأب الى ملك جارية ابنه أيضا لذلك .

(٣٨) أى الغاصب .

(٣٩) أى فى عين المغصوب .

(٤٠) أى بادخال التغيير على عين المغصوب .
والمقصود: ان هذا فارق بين الاصل والفرع يبطل به قياسهم المذكور.

(١) وفيه قول آخر : انه اذا اكله عالما أو غير عالم فقد وصل اليه حقه ، ولا شئ على الغاصب الا أن يكون نقص عمله فيه شيئا فيرجع بما نقصه العمل . أهـ قاله الربيع فى الأم جـ٣ ص ٢٥٥ .
ونص الرافعى على أن القول بالبراء أصح القولين وهو المشهور من قول الشافعى فى الجديد . وهو قول المزنى .
أنظر: فتح العزيز جـ١١ ص ٢٥٤ وص ٢٥٥ . مغنى المحتاج جـ٢ ص ٢٨٠ .
ومحله مالم يتغير الطعام عن هيئته يوم الغصب كما لو غصب عسلا ودقيقا فجعله هريسة ، والاضمن قيمته مطلقا .
وبعدم براءة الغاصب هنا يقول الحنابلة أيضا :
أنظر: شرح المنتهى جـ٢ ص ٤١٦ . كشاف القناع جـ٤ ص ١١٣ والتى تليها .
المغنى جـ٥ ص ٢١٨ .

وقال أبو حنيفة : يـبرأ .(٢)

لنا : هو أنه اطعمه ماغصبه مع الجهل ،(٣) فلم(٤) يبرأ من الضمان كما لوغصبه شاة وشواها واطعمه ،(٥) ولانه لم يرض(٦) بأكل ماله ،فأشبه اذا اكره عليه .(٧)

---

(٢) المبسوط جـ١١ ص ٩٩ . التبيين جـ٥ ص ٢٢٢ . مجمع الأنهر جـ٢ص٤٧١ .
وهو قول المالكية ،سواء أكله ضيافة أو بغير اذن الغاصب .
أنظر: الشرح الكبير جـ٣ ص ٤٥٢ . الجواهر جـ٢ ص ١٥١ . شـرح المنح جـ٣ ص ٥٣٤ .
ولم أقف على قول ابن حزم فى هذه المسألة .

(٣) أى من المغصوب منه ،بأنه ملكه .

(٤) فى الأصل : ولم يبرأ . والأولى -كمافى نسخة ((ب)) : ربطها بالفـاء، لأنه يريد ترتيب الحكم على الوصف السابق له . وليس مراده العطـف على ماسبق .

(٥) حيث لا يبرأ به من الضمان .
بجامع اطعام المغصوب للمغصوب منه مع جهله بالحال ، فى كل مـن الاصل وهو مالو غصبه شاة وشواها واطعمه ، والفرع وهو مالو غصبـه طعاما فاطعمه اياه وهو لا يعلم .
ولما كان حكم الاصل عدم سقوط الضمان عن الغاصب به ،كان حكـم الفرع كذلك ،فلا يسقط الضمان عن غاصب الطعام هنا أيضا لذلك .

(٦) أى المغصوب منه .

(٧) حيث لا يسقط به الضمان عمن اكرهه .
بجامع عدم الرضى بأكله فى كل من الأصل وهو مالو اكره على أكل طعامـه ، والفرع وهو مالو قدم اليه الغاصب طعامه فأكله المغصوب منه ولم يعلـم به ، ولما كان حكم الاصل وجوب الضمان على المكره ، كان حكـم الفرع كذلك فيجب الضمان على الغاصب ولا يسقط عنه به أيضا لذلك .

قالوا : أكل طعام نفسه باختياره ، فأشبه اذا أكله من غير اذن (٨) .

قلنا : هناك (٩) أكل من غير غرور (١٠) فرضي بالخسران ، وها هنا (١١) أكل مع (١٢) الغرور فلم يرض بالخسران (١٣) .

قالوا : اباحة الغاصب لا تصح (١٤) ، فيصير كما لو أكل (١٥) من غير اذن (١٦) .

---

(٨) أى من الغاصب له بالأكل . حيث يسقط الضمان به عن الغاصب .
بجامع اتلافه طعام نفسه باختياره ، في كل من الاصل وهو مالو أكل طعامه المغصوب من غير اذن الغاصب ، والفرع وهو مالو اكله باذن الغاصب ولم يعلم به في الصورتين .
ولما كان حكم الاصل سقوط الضمان به عن الغاصب ، كان حكم الفرع كذلك فيسقط عنه فيه أيضا لذلك .

(٩) أى في حال أكل طعام نفسه من غير اذن مع عدم العلم بانه طعامه هو .

(١٠) أى من الغاصب . لانه اذا اذن له بأكله فقد أوهمه انه ملكه ، وهذا المعنى غير موجود في حال عدم الاذن .

(١١) أى فيما اذا قدمه للمغصوب منه واذن له بأكله وهو لا يعلم انه طعامه .

(١٢) في الأصل (منع) وهو تحريف ، والصواب مافي نسخة ((ب)) .

(١٣) أى وبثبوت هذا الفارق يبطل قياسهم المذكور .

(١٤) لانه اباح مالا يملك .

(١٥) أى المالك .

(١٦) حيث يسقط الضمان بذلك عن الغاصب .
بجامع عدم وجود الاباحة في كل من الاصل وهو مالو أكله من غير اذن ، والفرع وهو مالو أكله باذن الغاصب .
ولما كان حكم الاصل هو سقوط الضمان به عن الغاصب ، كان حكم الفرع كذلك فيسقط عن الغاصب الضمان وان اذن للمالك بأكله أيضا لذلك .

قلنا : يبطل به اذا اباحه لغير المالك ،[(١٧)] ولا نه ينكسر بالقبض في البيع الفاسد ، فانه لا يصح ،[(١٨)] ثم هو كالصحيح في الضمان.[(١٩)]

قالوا : رجع[(٢٠)] الى يده ، فأشبه اذا باعه منه[(٢١)] أو وهبه.[(٢٢)]

قلنا : لا نسلم انه رجع الى يده ، لأن اليد ما تسلط به ،[(٢٣)] فهو

---

(١٧) حيث يجب عليه ضمانه قطعا ، فدل على أن الاذن وعدمه لا اعتبار به في اسقاط الضمان .

(١٨) لعدم انتقال الملك به الى المشتري .

(١٩) حيث يجب على المشتري ضمان المبيع في البيع الفاسد اذا هلك وهو في يده ، وان كان القبض فيه فاسدا .

(٢٠) أي الطعام المغصوب .

(٢١) أي اذا باعه الغاصب من المالك أو هبه له وهو لا يعلم انه ملكه ،

(٢٢) حيث يبرأ به الغاصب من الضمان .
بجامع رجوعه الى يد المالك ، في كل من الأصل وهو مالو باع الغاصب الطعام الى المالك أو وهبه اياه ، والفرع وهو مالو قدمه له ضيافة فاكله .

ولما كان حكم الاصل براءة الغاصب من الضمان فيه به ، كان حكم الفرع كذلك فيبرأ الغاصب من ضمانه بتقديمه للمالك ضيافة أيضا لذلك .

(٢٣) في نسخة ((ب)) : ماملك به ./ أي لأن اليد لا تحصل على الشيء الا بتسليطها على التصرف فيه والضيف ليس له ذلك ، فانه اذا قدم اليه الطعام يملك أن ينتفع به فقط ، ولا يملك أن يبيعه ولا ان يهديه الى غيره .

فصح أن الطعام لم يرجع الى يد المالك بتقديمه اليه ضيافة .

كما لو كان (٢٤) حطبا فقال له : (٢٥) أو قده فى تنورى ، (٢٦) وفى البيع (٢٧) أخذ بشرط الضمان ، (٢٨) وفى الهبة (٢٩) وجهان ، (٣٠) وان سلم (٣١) فلأنه عاد الى يده ، وسلطانه ، وهاهنا (٣٢) بخلافه . (٣٣)

---

(٢٤) أى المغصوب .

(٢٥) أى فقال الغاصب للمغصوب منه .

(٢٦) حيث لا يسقط به الضمان عن الغاصب ، لأن يد المالك هنا لم تتسلط على المغصوب ، اذ لا يملك مخالفة الآمر.
بجامع عدم تسلط يد المالك عليه ، فى كل من الأصل وهو مالو كان المغصوب حطبا فقال الغاصب للمغصوب منه أو قده فى تنورى ، والفرع وهو مالو قدم الغاصب الطعام للمالك ضيافة ، ولما كان حكم الاصل عدم سقوط الضمان به عن الغاصب ، كان حكم الفرع كذلك فلا يسقط عنه ضمان الطعام بتقديمه ضيافة للمغصوب منه أيضا لذلك .

(٢٧) أى فى بيع المغصوب للمالك أخذ المشترى المبيع بشرط الضمان على البائع ، لانه اذا ثبت أن المبيع كان مستحقا فان للمشترى حق الفسخ واسترجاع الثمن شرعا .

(٢٨) أى بخلاف تقديمه الطعام للمالك ضيافة حيث يؤكل لا بشرط الضمان .

(٢٩) أى هبة المغصوب للمالك دون أن يعلم انها ملكه .

(٣٠) أولا هما وأصحهما وجوب الضمان .
أنظر : فتح العزيز جـ ١١ ص ٢٥٤ .

(٣١) أى بسقوط الضمان عن الغاصب اذا وهب المغصوب للمالك .

(٣٢) أى فى حال اطعامه للمالك ولا علم له به .

(٣٣) حيث لم يعد به الى يده وسلطانه ، وبهذا الفارق بين الأصل والفرع يبطل قياسهم المذكور.

* مسألة (٢٦٨) : اذا اراق خمرا على نصرانى ، لم يضمن (١) ٠/١٧٦ش.

وقال أبو حنيفة : يضمن (٢) .

لنا : هو أنه عين نجسة ، فأشبه الميتة والدم ، (٣) ولأن مالا يضمن في حق المسلم لم يضمن فى حق الذمى ، كالميتة والدم (٤) .

---

(١) ومحله اذا أظهرها . والا ضمن بأن كانت مستورة فى بيته لانها محترمة عند هم .

المختصر ص ١١٩ . الوجيز جـ١ ص ٢٠٨ . المنهاج ص٧١ . شرح المحلى جـ٣ ص ٣٢ .

وهو قول الحنابلة أيضا :

انظر : شرح المنتهى جـ٢ ص ٤٠٠ . كشاف القناع جـ٤ ص٨٥ . المغنى : جـ ٥ ص٢٢٢ .

وهو قول المالكية : أنظر اسهل المدارك جـ٣ ص ٧٠ .

وبه يقول ابن حزم : المحلى جـ٨ ص ٥٨٦ .

(٢) سقط قوله (يضمن) من نسخة ((ب)) .

أنظر المسألة : الهداية جـ٨ ص ٢٨٥ . التبيين جـ٥ ص ٢٣٤ . مجمع الأنهر جـ٢ ص ٤٦٧ .

(٣) حيث لا يجب عليه ضمانها اذا فوتها على صاحبها .

بجامع نجاسة العين فى كل من الاصل وهو الميتة والدم ، والفرع وهو الخمر .

ولما كان حكم الاصل عدم وجوب الضمان عليه بتفويتها ، كان حكم الفرع كذلك فلا يضمن الخمر باراقته أيضا لذلك .

(٤) حيث لا تضمن سواء اتلفها المسلم للمسلم أو المسلم للذمى .

بجامع عدم وجوب الضمان فيهما على المسلم في كل من الاصل وهو الميتة والدم والفرع وهو الخمر .

ولما كان حكم الاصل عدم وجوب ضمانهما لو اتلفهما على ذمى ، كان حكم الفرع كذلك فلاضمان فى اتلاف الخمر على الذمى أيضا لذلك .

قالوا : روى ان عمر كتب الى عماله : ولو هم بيعهـــا وخذوا منهـــم عشر أثمانها .(٥)

---

(٥) رواه ابن حزم من طريق سفيان الثورى عن ابراهيم بن عبد الأعلـــى الجعفى عن سويد بن غفلة ان عمر بن الخطاب قيل له : عما لك يأخذون الخمر والخنازير فى الخراج ، فقال له بلال : انهم ليفعلون . فقال عمر: لا تفعلوا ، ولو هم بيعها .

ورواه ابن حزم أيضا من طريق أبى عبيد عن كدام الانصارى عن اسرائيـل عن ابراهيم بن عبد الأعلى عن سويد بن غفلة ، أن بلالا قال لعمر بـــن الخطاب : ان عمالك يأخذون الخمر والخنازير فى الخراج ، فقال : لا تأخذوها منهم ، ولكن ولوهم أنتم بيعها ، وخذوا أنتم من الثمن . الا أن ابن حزم صحح الطريق الأولى ، فقال : هذا لا حجة لهم فيـــه لان حديث سفيان وهو الصحيح - أى فالثانى ضعيف - ليس فيـــه مازاد اسرائيل - وهو قوله : وخذوا أنتم من الثمن - وانما فيه : ولو هم بيعها . أهـ . المحلى جـ٧ ص ٥٨٧ .

ورواه عبد الرزاق فى مصنفه جـ٨ ص ١٩٥ باب بيع الخمر رقم / ١٤٨٥٣ عن الثورى بن عبد الأعلى عن سويد بن غفلة قال : بلغ عمر أن عمالـــه يأخذون الخمر فى الجزية فنشدهم ثلاثا ، فقيل : انهم ليفعلون ذلك . قال : فلا تفعلوا ، ولكن ولوهم بيعها ، - وزاد - فان اليهـــود حرمت عليهم الشحوم فباعوها واكلوا اثمانها . أهـ

ومحل الشاهد : وخذوا منهم عشر أثمانها ، أى فدل على اعتبـــار ماليتها .

وأنظر ترجمة عمر بن الخطاب فى المسألة رقم (٤٠) هامش (٨) .

قلنا : أخذ الاثمان (٦) غير ثابت ، (٧) وانما قال : (٨) ولوها (٩) اربابها ، ليكونوا هم يبيعونها (١٠) ومعناه ، ولا يتعرضوا لهم ، (١١) ثم هو قول واحد من الصحابة . (١٢)

قالوا : مال لهم ، كسائر الأموال . (١٣)

قلنا : الا أنه ليس بمال فى الشرع ، (١٤) والاعتبار بالشرع فى الحكومات ، (١٥)

---

(٦) أى اثمان الخمر .

(٧) وهو كذلك ، أنظر المحلى جـ ٨ ص ٥٨٧ .

(٨) أى عمر بن الخطاب .

(٩) فى الأصل (ولوهم) ، وما أثبتناه من نسخة ((ب)) أولى .

(١٠) لانها محرمة على المسلم ، فلا يحل له بيعها ، بخلافها عندهم فانها محترمة .

(١١) أى فى تملكهم الخمر ، لانها من أموالهم المحترمة عندهم .

(١٢) أى وقد خالف به الاصل ، وهو وجوب اهدار المال غير المحترم كالدم والخنزير ، واذا خالف واحد من الصحابة القياس ، قدم القياس عليه ، لاحتمال أن يكون قد قاله اجتهادا . أنظر التبصرة ص ٣٩٩ .

(١٣) حيث يجب ضمانها باتلافها .
بجامع المالية فى كل من الاصل وهو سائر أموالهم والفرع وهو الخمر . ولما كان حكم الاصل وجوب الضمان باتلافها ، كان حكم الفرع كذلك فيجب ضمان الخمر باتلافها عليهم أيضا لذلك .

(١٤) أى لنجاستها .

(١٥) أى فى تقدير الضمان فى اتلاف الأموال ، فما كان منها محترما شرعا جاز تضمينه على المتلف . والا فهدر .

ألا ترى انه لو أتلف الذمي مصحفا ضمن ، بما ضمن به المسلم[١٦] لا بما يعتقدونه ضمانا لمثله ، ولو أتلف المسلم عبدا مرتدا لم يضمن ، وان اعتقدوه مالا[١٧] .

قالوا : الاعتبار بالذمي ،[١٨] بدليل انه يقر على شربه وان لم يجز ذلك في الشرع .

قلنا : ولكن في التضمين الاعتبار بنا ، الا ترى أن المجوس يقرون على نكاح الامهات ، ولا نقضي عليهم بالمهر والنفقة والميراث ،[١٩] والمسلم يقر عندهم[٢٠] على اقتناء الخمر وتملكها[٢١] ثم لا يضمن[٢٢] اذا أتلف عليه ، والمخالف[٢٣] يقر عندهم على أكل الذبيحة التي تركت التسمية عليها[٢٤] ثم لا تضمن اذا اتلفت عليه[٢٥] .

---

(١٦) في نسخة ((ب)) : ما يضمن به المسلم .

(١٧) في نسخة ((ب)) : وان اعتقده ./ بصيغة الافراد . والصواب ما في الأصل .

(١٨) أي في اتلاف ماله .

(١٩) أي اذا ترافعوا الينا ، لأن نكاح الامهات محرم في شريعتنا .

(٢٠) في نسخة ((ب)) : والمسلم يقر عندهم على أكل الذبيحة ، . . . الخ / ومابين قوله : (عندهم) الأولى و (عندهم) الثانية ساقط منها .

(٢١) أي للتخليل لا مطلقا ، والا فانه حرام عندهم أيضا . أنظر الهداية جـ٨ ص ٢٨٧ .

(٢٢) بالبناء للمفعول . ونائب الفاعل فيه هو الخمر .

(٢٣) أي في جواز أكل متروك التسمية عمدا .

(٢٤) أنظر الهداية جـ٨ ص ٢٨٧ .

(٢٥) لانها ليست عندهم بمال ، لكونها محرمة الاكل ، بالنص (ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه) سورة الأنعام آية/ ١٢١ .

قالوا : بالذمة [(٢٦)] عصمت دماؤهم وأموالهم ، ثم دماؤهم مضمونة [(٢٧)] ،
فكذلك أموالهم . [(٢٨)]

قلنا : دماؤهم تعصم بالاسلام [(٢٩)] ، فضمنت [(٣٠)] بالذمة ، والخمر لا تعصم
بالاسلام [(٣١)] ، فلم تضمن بالذمة [(٣٢)] .

* مسألة (٢٦٩) : تضمن أم الولد بالغصب [(١)] ./١٧٧ى .
وقال أبو حنيفة : لا يضمن . [(٢)]

---

(٢٦) أى بعقد الذمة لهم .
(٢٧) أى على المسلم اذا جنى عليهم ، أى بموجب عقد الذمة .
(٢٨) أى يجب أن تضمن أيضا .
بجامع الضمان بعقد الذمة ، فى كل من الاصل وهو دماء أهل الذمة ،
والفرع وهو أموالهم .
ولما كان حكم الاصل وجوب الضمان على من جنى على ابدانهم ، كان
حكم الفرع كذلك فيجب الضمان على من أتلف أموالهم أيضا لذلك .
(٢٩) أى اذا اسلموا .
(٣٠) فى نسخة ((ب)) : فعصمت .
(٣١) أى بل يجب عليهم اراقتها اذا اسلموا .
(٣٢) أى أن بين الدم والمال فى العصمة فرقا ، يبطل به قياس أحدهما على
الآخر .

(١) الوجيز جـ١ ص٢٠٨ . فتح العزيز جـ١١ ص٢٥٧ . قليوبى جـ٤ ص٣٧٤ .
وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى جـ٢ ص٤٠٠ . كشاف القناع جـ٤ ص٨٢ .
المغنى جـ٥ ص٢٢٥ .
(٢) خلافا للصاحبين .
أنظر : الهداية جـ٨ ص٢٩٣ . التبيين جـ٥ ص٢٣٩ . مجمع الأنهر جـ٢ ص٤٧٠ .
ولم أقف على قول ابن حزم ولا المالكية .

لنا : هو انه مملوك،(٣) فأشبه المدبر.(٤)

قالوا : ليست بمال، بدليل انها تعتق من جميع المال، ولا يتعلق حق الغرماء برقبتها فهى كالحر.(٥)

قلنا : بل هى مال، ولهذا يجوز وطؤها(٦) وتزويجها(٧) واستخدامها(٨) واجارتها(٩) وتضمن قيمتها اذا قتلت،(١٠) فهى كالمدبر.(١١)

---

(٣) كذا فى الأصل ونسخة ((ب)) . ولعل الصواب التأنيث، لأن الضمير عائد الى أم الولد ، لا الى ولدها .

(٤) حيث يجب ضمانه بالتلف فى يد الغاصب.
بجامع ان كلا مملوك، اما الاصل فالمدبر، واما الفرع فأم الولد .
ولما كان حكم الاصل وجوب ضمانه بالغصب، كان حكم الفرع كذلك، فيجب ضمان أم الولد أيضا لذلك.

(٥) حيث لا يضمن بالغصب ، وانما يضمن بالجناية عليه لا بتلفه تحت يد الغاصب .
بجامع انعدام المالية فى كل من الاصل وهو الحر، والفرع وهو أم الولد .
ولما كان حكم الاصل عدم ضمانه بتلفه فى يد الغاصب، كان حكم الفرع كذلك فلا تضمن أم الولد بالتلف عنده أيضا لذلك.

(٦) أى لسيدها، اذ لو لم تكن ملكا له لما جاز له وطؤها . لأن الوطء لا يجوز الا بعقد أو ملك يمين .

(٧) أى وان بلا اذنها .

(٨) أى لنفسه .

(٩) أى لغيره، ويكون له اجرها . ولا يجوز ذلك فى غير المملوك .

(١٠) أى فلو لم تكن مالا، لوجب فى قتلها الدية .

(١١) حيث يجب ضمانه بالتلف عند الغاصب.
بجامع المالية فى كل من الأصل وهو المدبر والفرع وهو أم الولد .
ولما كان حكم الاصل وجوب ضمانه بالتلف عند الغاصب ، كان حكم الفرع كذلك فيجب ضمان أم الولد به أيضا لذلك .

* مسألة (٢٧٠) : اذا فتح قفصا عن طائر فطار فى الحال ، ضمن فى أحد القولين (١) . ١٧٧/ى .

وقال أبو حنيفة : لا يضمن (٢) .

لنا : هو أنه حل رباطا عما يمسك به فى العادة ، فصار كحل الزق (٣) .

---

(١) وهو أظهرهما . ومحله مالم يهيجه أو ينفره بعد فتح القفص.
والثانى : انه يضمن مطلقا ، والثالث : انه لا يضمن مطلقا .
أنظر المختصر ص ١١٨ . فتح العزيز جـ ١١ ص ٢٤٥ . المنهاج ص ٧٠ .
وشرح المحلى جـ٣ ص ٢٩ .
وذهب الحنابلة الى وجوب ضمانه مطلقا سواء طار فى الحال أو بعد مدة .
أنظر : شرح المنتهى جـ٢ ص ٤٢٥ . كشاف القناع جـ٤ ص ١٢٨ المغنى : جـ٥ ص ٢٢٦ .
وبوجوب الضمان به أيضا يقول المالكية .
أنظر : الشرح الكبير جـ٣ ص ٤٤٥ . الجواهر جـ٢ ص ١٤٨ . شرح المنح : جـ٣ ص ٥١٤ .

(٢) خلافا لمحمد بن الحسن حيث ذهب الى وجوب ضمانه .
أنظر : مجمع الأنهر جـ٢ ص ٤٧٠ . اشباه ابن نجيم ص ١٦٣ القاعدة التاسعة عشرة اجتماع السبب والمباشرة .
ولم أقف على قول ابن حزم فى هذه المسألة .

(٣) الزق بكسر الزاى وتشديد القاف ، هو السقاء ، و يسمى الظرف .
ويجمع على ازقاق ، جمع قلة ، وفى جمع الكثرة ، تقول : زقاق وزقان .
مثل ذئاب وذؤبان .
أنظر المختار ص ٢٧٣ . المصباح جـ١ ص ٢٧٢ .
وممن حل الزق فسال مافيه من سمن أو زيت أو نحوه فعليه الضمان أيضا .
بجامع ان فى كل حل الرباط عما يمسك فى العادة ، اما الاصل فحل الزق ، واما الفرع ففتح قفص الطائر .
ولما كان حكم الاصل وجوب الضمان عليه به ، كان حكم الفرع كذلك فيجب الضمان على فاتح القفص أيضا لذلك .

قالوا : اجتمع السبب من جهته والمباشرة من جهة الطائر ، فصار كما لو فتح بابا وسرق منه آخر (٤) أو حل عبدا فهرب ، أو حفر بئرا فدفع فيها غيره انسانا (٥).

قلنا : السبب في الأصل (٦) غير ملجئ (٧) الى المباشرة ، لانه قد يجد الانسان مالا فلا يسرق ويجد العبد طريقا فلا يهرب ، ويصادف بئرا فلا يقع فيها ، والفتح هاهنا (٨) ملجئ الى الطيران ، فان من طبع الطائر (٩) النفور

---

(٤) سقط كلمة (آخر) من نسخة ((ب)) .

(٥) حيث لا يجب عليه الضمان بجميع ذلك ، لأن للمباشر ارادة فنسب الحكم اليه .

بجامع اجتماع السبب من أحدهما والمباشرة من الاخر ، في كل من الأصل وهو مالو فتح بابا وسرق منه آخر أو حل قيد عبد فهرب أو حفر بئرا فردى فيه غيره انسانا ،

والفرع وهو مالو فتح قفصا عن طائر فطار .

ولما كان حكم الاصل عدم وجوب الضمان على المتسبب به ، كان حكم الفرع كذلك فلا ضمان على فاتح القفص أيضا لذلك .

(٦) وهو المقيس عليه في قياسهم المذكور .

(٧) من الالجاء وهو الاكراه ، وذلك لانه لا يلزم من حل قيد العبد أو حفر البئر أو فتح الباب ، هروب العبد ووقوع الشخص وسرقة المتاع .

(٨) أي في فتح القفص .

(٩) في نسخة ((ب)) : الطيور .

من الآدمي والطيران من الحركة ، فصار كما لو أكره غيره على قتل انســــان ، (١٠)
ولأن في الأصل (١١) لو حرضه على السرقة والهرب والوقوع في البــــئر ،
لم يضمن ، (١٢) وهاهنا (١٣) لو هاجــه (١٤) فطار ضمن. (١٥)

---

(١٠) حيث يجب على المكره - بالكسر - القصاص .
بجامع الالجاء في كل من الاصل وهو مالو اكره غيره على القتل ، والفـــرع
وهو مالو فتح القفص فهرب منه الــطير .
ولما كان حكم الاصل هو الضمان بالقصاص على المكره - بالكســـر -
وان كان متسببا ، كان حكم الفرع كذلك فيجب الضمان على فاتـــح
القفص وان كان متسببا أيضا لذلك .
والمراد: اثبات ان بين الاصل والفرع في قياسهم المذكور فارقا ، فيبطل به .

(١١) أي المقيس عليه في قياسهم .

(١٢) لانه بالتحريض لا يكون ملجئا له للوقوع في الهلاك ، فاعتبرت مباشـرته
دون أمر المحرض .

(١٣) أي في حال فتح القفص .

(١٤) هاج الشئ يهيج هيـاجا ، بكســر الهاء ، اذا نفر ، وهيجتــه
بتشديد الياء ، للمبالغة فيه . وهو من باب باع .

أنظر المصباح جـ٢ ص ٣١٩ . المختار ص ٧٠٣ .

(١٥) لان مباشرة الطيران هنا مبنية على تسبب التهييج فكان الحكـــــم
للسبب دونها .

أي وهذا فارق آخر بين الاصل والفرع في قياسهم يتأكد به بطلانه .

قالوا : لو كان هذا (١٦) سببا للضمان ، لأوجب الضمان ، وإن تأخر الذهاب عنه ، (١٧) كالجناية (١٨) وحفر البئر. (١٩)

قلنا (٢٠) :

---

(١٦) أي فتح القفص.

(١٧) أي عن القفص بعد فتحه ، أي والحال انه لا يجب الضمان ان تأخر طيرانه .

فدل على أن فتح القفص لا يصلح سببا في التضمين .

(١٨) أي بالجرح ونحوه اذا مات المجني عليه بالسراية ، أي متأثرا بجراحه .

(١٩) حيث يجب على الجاني والحافر الضمان وان تأخر موت المجني عليه في الجناية أو تأخر الوقوع في البئر .

(٢٠) سقطت كلمة (قلنا) من نسخة ((ب)) ثم بعدها بياض في الأصل ونسخة ((ب)) ، بل في هامش الأصل عبارة : موضع بياض . أهـ وهو مقدار سطر كامل .

ويمكن ان يجاب : بأن في وجوب الضمان اذا تأخر طيرانه قولان اظهرهما يجب . انظر : فتح العزيز جـ ١١ ص ٢٤٥ لانه طار باختياره ، وان سلّم ، فلأنه هناك ألجأه الى الطيران بفتحه ، لأن من طبعه النفور .

* مسائل الشفعة (*) *

مسألة (٢٧١) : اذا بيع أرض وفيها زرع أو شجرمثمر (١) لم تجب الشفعة في الزرع (٢) والثمر . / ١٧٧ ى .

(*) في نسخة ((ب)) : مسائل الشفعة ، بسم الله الرحمن الرحيم .

والشفعة بضم الأول وسكون الثاني ، وقيل بضم الثاني أيضا .

وهي مشتقة من الشفع وهو الضم ، تقول شفعت الشيء بالشيء اذا ضممته ومنه الشفع في الاذان .

وانما سميت الشفعة بذلك ، لأن الشريك يضم نصيب شريكه الى ملكه .

وقيل : هي بمعنى التقوية أو الزيادة .

وقيل : هي مأخوذة من الشفاعة ، لانها كانت تؤخذ بها في الجاهلية .

وفي الاصطلاح : هي حق تملك قهري يثبت للشريك القديم على الحادث فيما ملك بعوض .

وصورتها : أن يكون عقار بين اثنين مثلا فيبيع أحدهما نصيبه لغير شريكه ، فيثبت لشريكه حق تملك المبيع قهرا ، بمثل الثمن أو قيمته .

والاصل في مشروعية الشفعة : هو ما رواه البخاري جـ٢ ص ٣٢ كتاب الشفعة ، باب الشفعة مالم يقسم ، فاذا وقعت الحدود فلا شفعة ، عن جابر بن عبد الله رضي الله عنهما قال : قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالشفعة في كل مالم يقسم ، فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلاشفعة . أهـ .

وقد بين في رواية أخرى الشيء الذي تقع فيه الشفعة ، وهي الارض الربع وهو البيت والحائط وهو البستان ، رواها مسلم جـ٣ ص ١٢٢٩ كتاب المساقاة ، باب الشفعة رقم / ١٣٣ ولفظها : الشفعة في كل شرك في أرض أو ربع أو حائط ، لا يصلح أن يبيع حتى يعرض على شريكه فيأخذ أو يدع ، فان أبى فشريكه أحق به حتى يؤذنه . أهـ

والمعنى في ايجابها : هو دفع ضرر المؤونة أو استحداث المرافق كالمصعد والمنور والبالوعة في الحصة الصائرة الى المشتري .

وقيل : لدفع ضرر المشاركة .

=

....

= وقد انعقد الاجماع على مشروعية الشفعة ، الا ماروى عن جابر بن زيد من التابعين ،

انه أنكر جوازها . قال الدميرى : ولعل ذلك لم يصح عنه . وروى انكارها عن الأصم أيضا .

أنظر مغنى المحتاج جـ٢ ص ٢٩٦ . شرح المحلى جـ٣ ص ٤٢ وقليوبى عليه . المغنى جـ٥ ص ٢٢٩ .

(١) فى نسخة ((ب)) : مثمرة .

(٢) فلو باع أرض نخل وعلى النخل ثمرة مؤبرة ، فادخلت فى البيع شرطا ، لم تثبت فيها الشفعة لانها لا تدوم فى الأرض ، بل يأخذ الشفيع الأرض والنخيل بحصتها من الثمن .

أنظر فتح العزيز جـ١١ ص ٣٦٧ . مغنى المحتاج جـ٢ ص ٢٩٧ . شرح المحلى جـ٣ ص ٤٣ .

وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى جـ٢ ص ٤٣٦ . كشاف القناع جـ٤ ص ١٥٥ . المغنى جـ٥ ص ٢٣٢ .

وقال أبو حنيفة : تجـب.[٣]

لنا :[٤] أن مالا يتبع الارض فى مطلق البيع لم يستحق بالشفعة كثيران[٥] الضيعة.[٦]

قالوا : متصل بالمشفوع ، فأشبه النخل والبناء .[٧]

---

(٣) أى استحسانا ، والقياس أن لا تجب لأن الثمر ليس تبعا للشجر ولا الـــزرع تبع للأرض .
أنظر: الهداية جـ٨ ص ٣٢٦ . التبيين جـ٥ ص ٢٥١ . مجمع الأنهـــر: جـ٢ ص ٤٧٩ .
وهو قول المالكية : الشرح الكبير جـ٣ ص ٤٨٠ . الجواهر جـ٢ ص ١٥٩ .
شرح المنح جـ٣ ص ٥٩١ .
واليه ذهب ابن حزم : المحلى جـ١٠ ص ٣ .

(٤) فى نسخة ((ب)) : لنا هو أنه .

(٥) جمع ثور وهو ذكر البقرة .

(٦) الضيعة هى العقار ، وجمعها ضياع ككلبة وكلاب ، وقد تجمع على ضيـــع بكسر الأول وفتح الثانى . أنظر المصباح جـ٢ ص ١٢ .
والجامع فى القياس المذكور هو عدم التبعية فى مطلق البيع ، فى كل من الأصل وهو ثيران الضيعة ، والفرع وهو الزرع والثمر.
ولما كان حكم الأصل عدم تبعية ثيران الضيعة لها بالبيع ، كان حكم الفـرع كذلك فلا يتبع الزرع والثمر الارض فى الشفعة بالبيع أيضا لذلك .

(٧) حيث يجب فيهما الشفعة ببيع الأرض.
بجامع الاتصال بالمشفوع فى كل من الاصل وهو النخل والبناء ، والفـــرع وهو الزرع والثمر .
ولما كان حكم الاصل ثبوت الشفعة فيهما ، كان حكم الفرع كذلك فتثبـــت الشفعة فى الزرع والثمر ببيع الأرض أيضا لـذلك .

قلنا : ذاك[٨] للبقاء ، وهذا[٩] ينقل ،[١٠] ولهذا يتبع ذاك[١١] الأصل في البيع[١٢] وهذا[١٣] لا يتبع .

* مسألة (٢٧٢) : لا تثبت الشفعة بالجوار.[١] / ١٧٧ ى .

---

(٨) أي النخل والبناء .

(٩) أي الزرع والثمر .

(١٠) أي والشفعة جعلت لدفع ضرر الشركة ، ولا ضرر فيما ينقل ، بخلاف مالا ينقل .

أي وبهذا الفارق يبطل قياسهم احدهما على الآخر.

(١١) أي النخل والبناء .

(١٢) أي في بيع الارض التي هما عليها دفعا لضرر المشاركة في تملكها عن صاحب الأرض .

(١٣) أي الثمر والزرع .

(١) في نسخة ((ب)) : في الجوار . / أي وان كان الجار ملاصقا .

أنظر المسألة في : الوجيز جـ١ ص ٢١٥ . المنهاج ص ٧٢ . وذكر في فتح العزيز جـ١١ ص ٣٩٣ عن ابن سريج تخريج قول في المذهب بثبوت الشفعة للجار . ونقل عن الروياني قوله : ورأيت بعض أصحابنا يفتي به ، وهو الاختيار . أهـ .

وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى جـ٢ ص ٤٣٤ . كشاف القناع جـ ٤ ص ١٥٣ . المغني جـ٥ ص ٢٣٠ .

وبه يقول المالكية : الشرح الكبير جـ٣ ص ٤٧٤ . الجواهر جـ٣ ص ١٥٧ . شرح المنح جـ٣ ص ٥٨٥ .

واليه ذهب ابن حزم : المحلى جـ١٠ ص ٣٣ ومحله عنده اذا كان طريق الجار مقسوما .

وقال أبو حنيفة : تثبت.[٢]

لنا : ماروى جابر[٣] قال : (انما جعل رسول الله صلى الله عليه وسلم الشفعة فى كل مالم يقسم فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة[٤])

---

(٢) أى للجار ، ذلك أن الشفعة مرتبة عندهم على النحو التالى : أولا : للخليط فى نفس المبيع ، ثانيا : للخليط فى حق المبيع كالشرب والطريق ، ثالثا : للجار أى الملاصق وهو الذى على ظهر الدار المشفوعة ، وبابه فى سكة أخرى ، احترازا عما اذا كان بابه فى سكة غير نافذة فى هذه الدار فانه يكون شريكا فى حق المبيع ، لا جارا ملاصقا .
أنظر : الهداية جـ٨ ص ٢٩٤ وص ٣٠١ . التبيين جـ٥ ص ٢٣٩ . مجمع الأنهر جـ٢ ص ٤٧٣ .

(٣) أنظر ترجمته فى المسألة رقم (١٨) هامش (٢٨) .

(٤) رواه البخارى جـ٢ ص ٣٢ باب الشفعة فى مالم يقسم ، فاذا وقعت الحدود فلا شفعة ، عن جابر بن عبد الله رضي الله عنهما قال : قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالشفعة فى كل مالم يقسم ، فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة . أهـ .
ورواه مسلم جـ٣ ص ١٢٢٩ كتاب المساقاة باب الشفعة ، بنحوه عن جابر أيضا ولفظه : قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالشفعة فى كل شركة لم تقسم . . الحديث . رقم / ١٣٤ .
ورواه عنه أيضا أبو داود جـ٣ ص ٢٨٥ كتاب البيوع . باب فى الشفعة . رقم / ٣٥١٤ ولفظه : انما جعل رسول الله صلى الله عليه وسلم الشفعة فى كل مالم يقسم ، فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة .
ورواه النسائى جـ٧ ص ٣٢١ فى البيوع ، تحت عنوان ذكر الشفعة وأحكامها ، عن أبى سلمة مرفوعا : الشفعة فى كل مال لم يقسم ، فاذا وقعت الحدود وعرفت الطرق فلا شفعة . أهـ .

=

وروى سعيد (٥) وأبو سلمة (٦) عن أبى هريرة (٧) أن النبي صلى الله عليه وسلم (قضى بالشفعة فيما لم يقسم ، فاذا وقعت الحدود فلا شفعة) (٨) فجعل

= ورواه الترمذى عن جابر أيضا جـ٣ ص ٦٥٢ كتاب الأحكام . باب ما جاء اذا حدت الحدود ووقعت السهام فلا شفعة . رقم/ ١٣٧٠ ولفظه عن جابر ابن عبد الله قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : اذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة .أهـ

ثم قال : هذا حديث حسن صحيح .أهـ.

ورواه ابن ماجه جـ٢ ص ٨٣٤ باب اذا وقعت الحدود فلا شفعة ، عنه أيضا . رقم /٢٤٩٩ .

(٥) هو سعيد بن المسيب .

أنظر ترجمته فى المسألة رقم (١) هامش (٣٧) .

(٦) هو أبو سلمة بن عبد الرحمن .

هو أبو سلمة بن عبد الرحمن بن عوف الزهرى المدنى عن أبيه واسامة بن زيد وأبى أيوب وعنه ابنه عمر وعروة والأعرج والشعبي والزهرى قال ابن سعد كان ثقة فقيها كثير الحديث ونقل الحاكم أبو عبد الله أنه أحد الفقهاء السبعة عن أكثر أهل الأخبار مات سنة أربع وتسعين وقال الفلاس سنة أربع ومائة . الخلاصة ص ٤٥١ .

(٧) هو عبد الرحمن بن صخر .

أنظر ترجمته فى المسألة رقم (٣١) هامش (٨) .

(٨) رواه النسائى مرسلا عن أبى سلمة مرفوعا : الشفعة فى كل مالم يقسم فاذا وقعت الحدود وعرفت الطرق فلا شفعة .أهـ جـ٧ ص ٣٢١ تحت عنوان الشفعة وأحكامها .

ورواه أبو داود جـ٣ ص ٢٨٦ كتاب البيوع . باب فى الشفعة رقم/ ٣٥١٥ عن ابن شهاب عن أبى سلمة أو عن سعيد بن المسيب أو عنهما جميعا عن أبى هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : اذا قسمت الأرض وحدت فلا شفعة .أهـ. =

جنس الشفعة فيما لم يقسم فلا يبقى شفعة تجعل فى المقسوم .(٩)

فان قيل : هو حجة لنا : فى شريكين باعا دارهما قبل القسمة.(١٠)

قيل : قوله الشفعة فيما لم يقسم ، يقتضى أن تكون(١١) الشفعة لكونه(١٢) لم يقسم ، وفيما ذكروه(١٣) تثبت الشفعة(١٤) بكونه جارا . ولانا لو أثبتنا الشفعة فيما قالوا(١٥) ، لأبطلنا ماعقل من صريحه(١٦) من جميع(١٧) الشفعة فيما لم يقسم ، ولانه قال فى آخره : فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلاشفعة ، فصرح باسقاط الشفعة فى المقسوم .

= ورواه ابن ماجه جـ٢ ص ٨٣٤ عن سعيد بن المسيب وأبى سلمة بن عبد الرحمن عن أبى هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى بالشفعة فيما لم يقسم ، فاذا وقعت الحدود فلا شفعة .أهـ كتاب الشفعة ، باب اذا وقعت الحدود فلا شفعة . رقم / ٢٤٩٧.

ورواه الشافعى عن سعيد بن سالم عن ابن جريج عن أبى الزبير عن جابر مرفوعا بلفظ : الشفعة فيما لم يقسم ، فاذا وقعت الحدود فلا شفعة .أهـ الأم جـ٤ ص ٤ ، باب الشفعة من كتابين : كتاب اختلاف الحديث واختلاف العراقيين .

(٩) ولأن الشفعة شرعت لدفع ضرر القسمة ، فاذا حصلت القسمة تبينا أن لا ضرر فى قسمة ذلك الملك ، فتنتفى الشفعة فيه لذلك .

(١٠) حيث لا تجب الشفعة فيه لاحدهما على الآخر ، أى وعليه يحمل الحديث المذكور.

(١١) "كان" هنا تامة ، بمعنى وجد ، أى يقتضى أن توجد الشفعة .

(١٢) أى المشفوع فيه . وفى نسخة ((ب)) : بكونه .

(١٣) وهو مالو باعا دارهما قبل القسمة.

(١٤) أى لاحدهما على الآخر.

(١٥) وهو اثبات الشفعة فى المقسوم . أى اثباتها للجار.

(١٦) أى صريح لفظ الحديث .

(١٧) كذا فى الاصل ونسخة ((ب)) : ولعل الصواب : من جعل الشفعة فيما لم يقسم .

فان قيل : المراد بقوله : فاذا وقعت الحدود فلا شفعة أنه[١٨] لا شفعة بالقسمة .

قيل : انما نفى بوقوع الحدود ما أثبته فى أوله[١٩] ، والذى أثبت فى أوله الشفعة فيما لم يقسم[٢٠] فيجب أن يكون الذى نفى هو الشفعة فيما قسم[٢١] . ولأن ملكه[٢٢] محوز[٢٣] عن ملكه[٢٤] فلا شفعة له عليه كالجار المحاذى[٢٥] ، ولأن

---

(١٨) فى نسخة ((ب)) : أى لا شفعة بالقسمة .

(١٩) فى نسخة ((ب)) : فى أول الخبر .

(٢٠) فى الأصل : فيما بيع . / والصحيح ما فى نسخة ((ب)) : مما أثبتناه .

(٢١) فى الأصل : فيما بيع . / والصواب ما أثبتناه من نسخة ((ب)) .

(٢٢) أى ملك الجار الملاصق .

(٢٣) أى مضموم اليه ومفصول عن ملك جاره ، من حزت الشئ احوزه ، فأنا حائز والشئ محوز . والمصدر منه : حيازة وحوزا ، أنظر المصباح جـ١ ص١٦٨ .

(٢٤) أى عن ملك البائع .

(٢٥) فى نسخة ((ب)) : كالجار والمحاذى . / والصواب ما فى الاصل بحذف واو العطف .

والمحاذى : من المحاذاة وهى الموازاة ، كما فى قولك : رفعت يدى حذو اذنى ، وحذاء اذنى ، تقول : حذوته احذوه حذوا ، وحاذيته محاذاة وحذاء ، من باب قاتل . أنظر المصباح جـ١ ص١٣٧ .

ومنه فى الهندسة : الخطان المتوازيان ، أى المتقابلان اللذان لا يلتقيان مهما امتدا .

والمقصود : قياس الجار الملاصق على الجار المحاذى فى عدم وجوب الشفعة له بالبيع .

بجامع ان ملكه محوز عن ملك البائع فى كل من الاصل وهو الجار المحاذى ، والفرع وهو الجار الملاصق .

ولما كان حكم الاصل عدم ثبوت الشفعة له ، كان حكم الفرع كذلك فلا شفعة للملاصق أيضا لذلك .

الشفعة انما تثبت لدخول الشريك[٢٦] على الشريك ، والاطلاع[٢٧] على حرمته ، فيضطر الى مقاسمته ،[٢٨] فينقص ملكه ،[٢٩] ويحتاج الى استئناف مرافق[٣٠] في نصيبه ، كالبئر والبالوعة والباب ، والممر ،[٣١] وغير ذلك . وهذا المعنى[٣٢] لا يوجد في المحوز ،[٣٣] فلم تثبت فيه الشفعة ، ولانا لو أثبتنا الشفعة للجار[٣٤] لم يقدم أحد على شراء[٣٥] ملك ، خوفا من الشفعة فيحتاج أن يبيعه من الجار بدون الثمن ، وفي ذلك اضرار بالناس .

---

(٢٦) في نسخة ((ب)) : لادخال الشريك الضرر على الشريك .

(٢٧) في نسخة ((ب)) : في الاطلاع على حرمه .

(٢٨) أي دفعا لذلك الضرر .

(٢٩) أي بسبب المقاسمة لاحتياجه الى انشاء المرافق التي سيذكرها المصنف الآن .

(٣٠) في نسخة ((ب)) : موافق ./ وهو تحريف بالواو عن الراء المهملة .
والمرافق: جمع مرفق ، بكسر الميم وفتح الفاء ، لا غير ، وهو ما ارتفقت به من مطبخ وكنيف وبئر وبالوعة ومصعد ، ونحو ذلك .
أنظر المصباح جـ١ ص ٢٥٠ .

(٣١) في الأصل : والممرق ./ بزيادة قاف في آخره ،

(٣٢) وهو دخول الشريك على الشريك ، والاطلاع على حرمته .

(٣٣) لانفصال مرافقه عن مرافق الجار الملاصق .

(٣٤) أي الملاصق .

(٣٥) سقط قوله (أحد) من الأصل .

فان احتجوا : بقوله صلى الله عليه وسلم (الجار أحق بصقبه) .[٣٦]

---

(٣٦) أى بسبب صقبه ويروى بسقبه ، أى قربه وملاصقته ، يقال : سقبت - بفتح السين المهملة وكسر القاف ، فباء مفتوحة - الدار ، واسقبت أى قربت .
أنظر النهاية جـ٢ ص ٣٧٧ و جـ٣ ص ٤١ .

رواه البخارى جـ٢ ص ٣٢ باب عرض الشفعة على صاحبها قبل البيع ، عن عمرو بن الشريد قال : وقفت على سعد بن أبى وقاص ، فجاء المسور بن مخرمة فوضع يده على احدى منكبيّ ، اذ جاء أبو رافع مولى النبي صلى الله عليه وسلم فقال : ياسعد ابتع منى بيتيّ فى دارك ، فقال سعد : والله ماابتاعهما ، فقال المسور : والله لبتاعنهما فقال سعد : والله لا ازيدك على أربعة آلاف منجمة ، أو مقطعة ، قال أبو رافع : لقد أعطيت بها خمسمائة دينار ، ولولا انى سمعت النبي صلى الله عليه وسلم يقول : الجار أحق بسقبه ، ماأعطيتكها بأربعة آلاف ، وانا أعطى بها خمسمائة دينار ، فأعطاه اياها . أهـ .
ورواه أبو داود جـ٣ ص ٢٨٦ كتاب البيوع ، باب فى الشفعة ، رقم / ٣٥١٦ عن أبى رافع مرفوعا : الجار أحق بسقبه . أهـ .
ورواه عنه النسائى أيضا جـ٧ ص ٣٢٠ تحت عنوان : ذكر الشفعة وأحكامها .
ورواه ابن ماجة جـ٢ ص ٨٣٤ كتاب الشفعة ، باب الشفعة بالجوار . رقم/٢٤٩٦ عن عمرو بن الشريد بن سويد عن أبيه شريد بن سويد قال : قلت : يارسول الله أرض ليس فيها لأحد قسم ولا شرك الا الجوار؟ قال : الجار أحق بسقبه . أهـ
قال الخطابي : وقد تكلم أهل الحديث فى اسناد هذا الحديث واضطراب الرواة فيه فقال بعضهم : عن أبيه عن أبى رافع ، وارسله بعضهم .
وقال فيه قتادة : عن عمرو بن شعيب عن الشريد . أهـ معالم السنن جـ٥ ص ١٧٠ تحت رقم / ٣٣٧٣ .

قلنا : يحتمل أن يكون معناه بالعرض (٣٧) عليه (٣٨)، فوجب التوقف فيه (٣٩).

واحتجوا : بما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال (الخليط أحق من الشفيع والشفيع أحق من غيره (٤٠)).

قلنا : لا يعرف هذا في أصل (٤١)، والذى يدل على ضعفه انه جعل الخليط غير الشفيع والخليط شفيع بالاجماع ، ثم المراد به في العرض (٤٢)، ولهذا قال : والشفيع أحق من غيره ، ولا حق لغير الشفيع في الشفعة.

---

(٣٧) في نسخة ((ب)) : بالعوض عليه . / وهو تحريف.

(٣٨) أى عرض البيع على الملاصق قبل غيره لحق الجوار.

(٣٩) اذ القاعدة : ان الدليل اذا دخله الاحتمال بطل به الاستدلال . لانه يكون من قبيل المجمل ، والمجمل لا يعمل به الا بعد البيان .

(٤٠) قال الزيلعي : غريب . وذكره ابن الجوزى في التحقيق ، وقال : انه حديث لا يعرف . وانما المعروف مارواه سعيد بن منصور ثنا عبد الله بن المبارك عن هشام بن المغيرة الثقفي قال : قال الشعبي : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : الشفيع أولى من الجار والجار أولى من الجنب. أنتهى . قال في التنقيح : وهشام وثقه ابن معين ، وقال أبو حاتم : لا بأس بحديثه انتهى . أهـ . النصب جـ٤ ص١٧٦ .
قلت : فهو منقطع ، فان الشعبي لم يدرك النبي صلى الله عليه وسلم وضعف ابن حزم هشاما . أنظر المحلى جـ١٠ ص ٤١ .
ورواه عبد الرزاق في مصنفه جـ٨ ص ٧٨ في البيوع باب الشفعة بالجوار. رقم/١٤٣٨٦ عن شريح قال : الخليط أحق من الشفيع والشفيع أحق ممن سواه . أهـ
قلت : وهذا مرسل أيضا .

(٤١) أى في كتب الحديث المعتبرة.

(٤٢) أى في عرض الشقص عليه عند البيع قبل غيره لحق الجوار.

احتجوا (٤٣) : بقوله (الجار أحق بشفعة جاره ينتظر بها وان كان غائبا اذا كان طريقهما واحداً) (٤٤) .

---

(٤٣) في نسخة ((ب)) : واحتجوا .

(٤٤) رواه أبو داود جـ٣ ص ٢٨٦ كتاب البيوع ، باب في الشفعة ، رقم / ٣٥١٨ عن جابر بن عبد الله مرفوعا . ضعفه الخطابي في المعالم جـ٥ ص ١٧٠ رقم / ٣٣٧٥ .
ورواه ابن ماجه جـ٢ ص ٨٣٣ كتاب الشفعة ، باب الشفعة بالجوار .
ورواه الترمذي جـ٣ ص ٦٥١ كتاب الأحكام ، باب ما جاء في الشفعة للغائب ، رقم / ١٣٦٩ ثم قال : هذا حديث غريب ، ولا نعلم أحدا روى هذا الحديث غير عبد الملك بن أبي سليمان ، عن عطاء عن جابر ، وقد تكلم شعبة في عبد الملك بن أبي سليمان ، من أجل هذا الحديث .
- ثم قال - وعبد الملك هو ثقة مأمون عند أهل الحديث ، لا نعلم أحدا تكلم فيه غير شعبة ، من أجل هذا الحديث .
وقد روى وكيع عن شعبة عن عبد الملك بن أبي سليمان هذا الحديث .
وروى عن ابن المبارك عن سفيان الثوري قال : عبد الملك بن أبي سليمان ميزان يعني في العلم . أهـ .
الا أن الامام أحمد قال حين سئل عنه : هو حديث منكر .
وقال ابن معين : لم يحدث به الا عبد الملك وقد أنكره الناس عليه .
وقال الشافعي في الأم جـ٤ ص ٦ : سمعنا بعض أهل العلم بالحديث يقول : نخاف ان لا يكون هذا الحديث محفوظا . أهـ
بل قال الترمذي فيه : سألت محمد بن اسماعيل البخاري عن هذا الحديث فقال : لا أعلم أحدا رواه عن عطاء غير عبد الملك ، تفرد به ، ويروى عن جابر خلاف هذا . أهـ . يريد بحديث جابر قوله : قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم في كل مالم يقسم .
أنظر النصب جـ٤ ص ١٧٤ فقد ذكر حجج المصححين للحديث والمضعفين له بتوسع .
واكتفى ابن حجر بقوله : رجاله ثقات . أهـ بلوغ المرام ص ١٦٥ ، رقم / ٧٦١ .

قلنا : قال شعبة : (٤٥) سها (٤٦) عبد الملك بن أبى سليمان (٤٧) فى هذا الحديث،
وقال : لو روى حديثا آخر ، مثل حديث الشفعة لطرحت حديثه ، (٤٨) ويدل على
ضعفه (٤٩) انه شرط أن يكون طريقهما واحدا" وهذا لا يقوله أحد . (٥٠)

---

(٤٥) هو شعبة بن الحجاج بن الورد العتكى عن معاوية بن قرة وأنس بن سيرين وثابت البنانى وخلائق وعنه أيوب وابن اسحاق من شيوخه والثورى وابن المبارك قال ابن المدينى له نحو ألفى حديث وقال أحمد شعبة أمة وحده وقال ابن معين: امام المتقين، وقال الحكم: شعبة امام الأئمة، قال أبو زيد الهروى: ولد سنة ثمانين ومات سنة ستين ومائة. أنظر الخلاصة ص ١٦٦ .

(٤٦) فى نسخة ((ب)) : بينها ./ وهو تحريف .

(٤٧) أحد الثقات المشهورين . روى له مسلم وأصحاب السنن الأربعة ، وهو كوفى ، اسم أبيه ميسرة .
تكلم فيه شعبة لتفرده عن عطاء بخبر الشفعة للجار.
وثقه أيضا يحى بن معين ، كما روى ذلك عنه أحمد بن أبى مريم وعثمان ابن سعيد .
وقال أحمد بن حنبل : حديثه فى الشفعة منكر ، وهو ثقة . أهـ
الميزان : جـ٢ ص ٦٥٦ رقم / ٥٢١٢ .

(٤٨) ذكره عنه فى الميزان جـ٢ ص ٦٥٦ فى ترجمة عبد الملك بن أبى سليمان ، وذكر عن يحى القطان قوله أيضا : لو روى عبد الملك حديثا آخر كحديث الشفعة لتركت حديثه . أهـ.

(٤٩) زاد فى نسخة ((ب)) : على ضعفه أيضا .

(٥٠) لأن القائلين بثبوت الشفعة للجار يجيزونها ولو لم يكونا شريكين فى الطريق . فاشتراط اشتراكهما فيه يبطل مذهبهم اذن بهذا الحديث فدل ذلك على ضعفه لمخالفته الاجماع .

واحتجوا : بما روى عمرو(٥١) بن الشريد(٥٢) عن أبيه قال : قلت يارسول الله ان جاري باع أرضا وليس لي(٥٣) فيها شرك(٥٤) ولا حق الا الجوار ، فقال : انت أحق بشفعة جارك(٥٥) .

---

(٥١) في نسخة ((ب)) : عمر . / بلا واو . والصواب اثباتها .

(٥٢) هو عمرو بن الشريد بن سويد الثقفي ، يكنى بأبي الوليد الطائفي ، روى عن أبيه وهو صحابي وأبي رافع ، وروى عنه ابراهيم بن ميسرة وبكير ابن الأشج ، وقد وثقه العجلي ، روى له البخاري ومسلم وأبو داود وابن ماجة والنسائي ، أنظر الخلاصة ص ٢٩٠ .

(٥٣) سقط قوله (لي) من نسخة ((ب)) .

(٥٤) في نسخة ((ب)) : شرب . / بكسر فسكون .

(٥٥) رواه النسائي جـ٧ ص ٣٢٠ تحت عنوان : ذكر الشفعة واحكامها . عن عمرو بن شعيب عن عمرو بن الشريد عن أبيه ، ان رجلا قال : يارسول الله ارضي ليس لأحد فيها شركة ولا قسمة الا الجوار ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : الجار أحق بسقبه . أهـ.
ورواه ابن ماجه جـ٢ ص ٨٣٤ كتاب الشفعة ، باب الشفعة بالجوار ، رقم / ٢٤٩٦ عن عمرو بن شعيب عن عمرو بن الشريد بن سويد عن أبيه شريد بن سويد قال : قلت : يارسول الله ارض ليس فيها لأحد قسم ولا شرك الا الجوار قال : الجار أحق بسقبه . أهـ
وقد تكلم أهل الحديث في اسناد هذا الحديث واضطراب الرواة فيه .
فقال بعضهم : عن عمرو بن الشريد عن أبي رافع.
وقال بعضهم : عن أبيه عن أبي رافع ، وارسله بعضهم .
وقال فيه قتادة : عن عمرو بن شعيب عن الشريد . أهـ قاله الخطابي في المعالم جـ٥ ص ١٧٠ .

قلنا : قال ابن المنذر[٥٦]: اسناده مضطرب ،ثم يحتمل انه أراد لا شرك[٥٧] لي في الحال ، وقد كان له شرك عند الشراء .

قالوا : بينهما[٥٨] خلطة في جزء من العقار ،وهو الجدار ،فأشبه اذا كان شريكا[٥٩] في الجميع[٦٠] .

---

(٥٦) هو محمد بن ابراهيم بن المنذر النيسابوري ،أبو بكر ، فقيه مجتهد ، من الحفاظ ،كان شيخ الحرم بمكة ، قال الذهبي : ابن المنذر صاحب الكتب التي لم يصنف مثلها أهـ . منها : المبسوط في الفقه ،والأوسط في السنن والاجماع والاختلاف لازال مخطوطا ، والاشراف على مذاهب الاشراف ،مخطوط أيضا ، واختلاف العلماء ، وتفسير القرآن ، كبير ، توفي بمكة سنة تسع عشرة وثلاثمائة .

أنظر الاعلام جـ٥ ص ٢٩٤ .

(٥٧) في نسخة ((ب)) : لا شريك .

(٥٨) أي بين المتجاورين اذا كانت بيوتهما متلاصقة .

(٥٩) في نسخة ((ب)) : اذا كانا شريكين .

(٦٠) حيث تجب له بذلك الشفعة .

بجامع الخلطة بينهما في جزء من العقار في كل من الاصل وهو مالو كان شريكا في العقار ، والفرع وهو مالو كان جارا ملاصقا .

ولما كان حكم الاصل ثبوت الشفعة له بالشركة فيه ، كان حكم الفرع كذلك فتثبت الشفعة للجار الملاصق أيضا لذلك .

قلنا : لو كان هذا صحيحا ، لوجب ان لا يقدم عليه الشريك ، ولا سيما على قولهم ،(٦١) فان صاحب(٦٢) القليل والكثير سواء ،(٦٣) ثم الشركة في الأصل في المقصود ،(٦٤) والشركة هاهنا(٦٥) في الحد.(٦٦)

قالوا : الشفعة انما تثبت في المشاع ، لأن القسمة فيها تفضى الى الجوار ، ولهذا لا تثبت فيما لا تفضى القسمة فيه الى الجوار فلأن يثبت في الجوار المتحقق أولى .

قلنا : لو كان هذا صحيحا لوجب أن يقدم الجار على الشريك ، لأن جواره متحقق وجوار الشريك متوهم ،(٦٧) ولأنه لو كان(٦٨) لما ذكروه ،(٦٩) لوجب

---

(٦١) أى في ثبوت الشفعة ، لانهم يقدمون الشريك في الملك ، فالشريك في الطريق ، فالجار ، كما في الهداية جـ٨ ص ٢٩٤.

(٦٢) أى صاحب الشقص .

(٦٣) أى في ثبوت الشفعة له بالشركة .

(٦٤) وهو الملك .

(٦٥) أى في الجار الملاصق .

(٦٦) وهو الجزء المشترك بين عقارهما ، أعنى الجارين المتلاصقين . أى فافترقت الشركة بالخلطة عن الشركة بالمجاورة بذلك ، والقياس مع الفارق باطل .

(٦٧) أى والحال انكم تقدمون الشريك على الجار في حق الشفعة ، وهذا يناقض ماذكرتم من التعليل .

(٦٨) أى ثبوت الشفعة بالجوار.

(٦٩) من أن الشفعة تثبت للشريك لانها تؤدى الى الجوار.

ان لا[(٧٠)] تثبت الشفعة فيما لا يقسم[(٧١)] .

قالوا : الشفعة انما جعلت لدفع الضرر لما[(٧٢)] لا يحل مما يكون من الناس على الناس ،[(٧٣)] وهذا موجود في الجار.[(٧٤)]

قلنا : لا نسلم ،بل الشفعة لما ذكرناه من الضرر[(٧٥)] الذى لا يتخلص منه الا بالشفعة ، وأما مالا يحل فيمكن دفعه بالحاكم ،فلا يحتاج الى الشفعة ، ثم يبطل ماقالوا بالجار المحاذى.[(٧٦)]

قالوا : نقل ملك يستحق بنوع شركة فاستحق بغير الشركة ،كالاستيلاد[(٧٧)] .

---

(٧٠) فى نسخة ((ب)) : لوجب ألا .

(٧١) لانها لا تؤدى الى الجوار لتعذر القسمة اذن .

أى والحال انها تثبت فيما لا ينقسم عندهم ،أنظر الهداية جـ٨ ص٣٢٧ .

فكان تعليلهم هذا مناقضا لمذهبهم ،فيبطل .

(٧٢) فى نسخة ((ب)) : مما .

(٧٣) من الاطلاع على عورات البيوت .

(٧٤) أى فوجب أن تثبت له الشفعة لوجود ذلك المعنى فيه أيضا .

(٧٥) وهو ضرر القسمة ،حيث تستوجب انشاء مرافق جديدة كالبئر والرحى والممر والبالوعة ، ونحو ذلك .

(٧٦) لأن الاطلاع على مالا يحل من الجار على الجار الملاصق ، موجود أيضا فى الجار المحاذى ، فكان يجب أن تثبت له الشفعة ، كما تثبت للملاصق ، والحال انهم لم يوجبوها له ، أنظر مجمع الأنهر جـ٢ ص٤٧٣ أى ففرقوا بين متماثلين .

(٧٧) حيث ينتقل ملك الجارية المستولدة من الابن الى الأب بوطئه اياها ، من غير شركة له فيها .

بجامع استحقاق النقل بنوع شركة ، فى كل من الأصل وهو مالو استولد الاب جارية ابنه ، والفرع وهو مالو باع الجار ملكه .

ولما كان حكم الاصل انتقال ملك الجارية من الابن الى الأب بالاستيلاد =

قلنا : يبطل بالعتق (٧٨)، ثم نقل الملك فى الاستيلاد (٧٩) يثبت من غير ملك (٨٠)، وهاهنا (٨١) لا يثبت من غير ملك (٨٢)، فدل على الفرق بينهما (٨٣).

= من غير شركة له فيها ، كان حكم الفرع كذلك فينتقل ملك الجار البائع الى جاره الملاصق بالشفعة من غيرشركة له فيها أيضا لذلك .

(٧٨) حيث يزول الملك فى العبد المشترك بالعتق عن ملك الشريك ، اذ يقوم العبد ويعتق باقيه على المعتق ، ثم لا يستحق امتلاك العبد من غير شركة ، فدل على بطلان الوصف الذى جعلوه علة فى الحكم بايجاب الشفعة للجار به ، لتخلف الحكم فيه مع وجود الوصف فى العبد المعتق .

(٧٩) فى نسخة ((ب)) : بالاستيلاد .

(٨٠) أى من غير أن يكون للأب ملك فى جارية الابن المستولدة .

(٨١) أى فى الشفعة بالجوار ، على القول به .

(٨٢) أى للشفيع فى الدار .

(٨٣) أى بين الاصل وهو الاستيلاد والفرع وهو الجوار ، فى قياسهم ، فيبطل به قياسهم المذكور .

* مسألة (٢٧٣) : لا تثبت الشفعة فيما لا ينقسم (١) على ظاهر المذهب (٢) ١٧٨/ن .

وقال أبو حنيفة : تثبت (٣) .

---

(١) وفي ضابط مالا ينقسم ثلاثة آراء :

الأول : انه الذى تنقص قيمته نقصانا فاحشا . كما لو كانت قيمة الدار مائة فاذا قسمت ،كان كل قسم بثلاثين ،لم تقسم لما فى قسمتها من الضرر .

الثانى : انه الذى لا يبقى منتفعا به بعد القسمة بوجه من الوجوه .

الثالث : وهو أصحها : انه الذى لا ينتفع به بعد القسمة من الوجه الذى كان ينتفع به قبلها .

مثال ذلك : الطاحونة الصغيرة والحمام الصغير أو الدار قليلة البيوت أو صغيرتها ، وكذا البئر الضيقة ، والنهر الصغير ، كل هذه مما لا يحتمل القسمة ،فلا تثبت فيها الشفعة فى الأصح ،لما فى قسمتها من الضرر على الشريك بذهاب فائدتها أو قيمتها .

أنظر فتح العزيز جـ ١١ ص ٣٨٣ حيث ذكر ضابط ما ينقسم ،فيكون مالا ينقسم على الضد منه .

(٢) وهو قوله فى الجديد ، ووصفه الرافعى بأنه أصح القولين .

أنظر فتح العزيز جـ ١١ ص ٣٨٠ و ص ٣٨٢ والتى تليها . وأنظر المختصر ص ١٢٠ والتى تليها . والمنهاج ص ٧٢ .

وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى جـ ٢ ص ٤٣٥ . كشاف القناع جـ ٤ ص ١٥٤ .

وذكر فى المغنى جـ ٥ ص ٢٣٢ عن أحمد رواية أخرى أن فيه الشفعة .

(٣) الهداية جـ ٨ ص ٣٢٧ . التبيين جـ ٥ ص ٢٥٢ . مجمع الأنهر جـ ٢ ص ٤٨٠ .

وللمالكية فيه قولان ، والمذهب ثبوتها فيه ،وعليه القضاء فى المذهب ،وبه افتى فقهاء قرطبة .

أنظر: الجواهر جـ ٢ ص ١٥٨ . الشرح الكبير جـ ٣ ص ٤٧٦ . شرح المنح جـ ٣ ص ٥٨٧ .

واليه ذهب ابن حزم : المحلى جـ ١٠ ص ٣ .

لنا : ماروى عن عثمان (٤) أنه قال : لا شفعة فى بئر ، ولا فحل (٥) ، والأرف (٦) تقطع كل شفعة. (٧)

ولأنا لو أثبتنا فيه الشفعة لم يقدم أحد على شرائه خوفا من الشفيع ، فيحتاج أن يبيعه بدون الثمن (٨) ، ولان الشفعة للضرر (٩) الذى بيناه (١٠) ، وذلك لا يوجد فيما لا ينقسم. (١١)

---

(٤) هو ابن عفان رضى الله عنه ، أنظر ترجمته فى المسألة رقم (١) هامش (٣٨) .

(٥) أى فحل النخل ، كما قال ابن ادريس فيما نقله عنه البيهقى جـ٦ ص ١٠٥ .
وانما لم تثبت فيه الشفعة ، لأن القوم كانت لهم نخيل فى حائط فيتوارثونها ويقتسمونها ، ولهم فحل يلقحون منه نخيلهم ، فاذا باع أحدهم نصيبه المقسوم من ذلك الحائط بحقوقه من الفحال وغيره ، فلا شفعة للشركاء فى الفحال لأنه لا تمكن قسمته . أهـ النهاية جـ٣ ص ٤١٦ .

(٦) فى نسخة ((ب)) : والاذن بقطع كل شفعة . / وهو تحريف .
والارف هى المعالم والحدود فى لغة أهل الحجاز كما قال الاصمعى ،
يقال منه : ارفت الدار والارض تأريفا اذا قسمتها وحددتها .
كما قال البيهقى فى جـ٦ ص ١٠٥ .

(٧) رواه البيهقى جـ٦ ص ١٠٥ باب الشفعة فيما لم يقسم .
ورواه عبد الرزاق جـ٨ ص ٨٠ باب اذا ضربت الحدود فلا شفعة ، رقم/ ١٤٣٩٣
ونصه : اذا وقعت الحدود فلا شفعة فيها ، ولا شفعة فى بئر ولا فحل . أهـ -
ورواه أيضا مالك فى الموطأ ص ٣٠٥ باب الشفعة ، رقم / ٨٥٤ .
والشاهد فيه : قوله : وارف تقطع كل شفعة ، أى فما ينقسم ويحد صحت الشفعة فيه وما لا فلا .

(٨) لقلة الراغبين فيه لذلك . اذ كلما قل الطلب على السلعة قل سعرها .

(٩) أى انها شرعت لازالة ضرر المشاركة ،

(١٠) وهو احداث مرافق جديدة فى المشفوع فيه ، كالحمام والبئر والبالوعة ونحو ذلك .

(١١) فلم تدع الحاجة الى الشفعة فيه .

قالوا : يخاف التأذى على الدوام ، فتثبت له الشفعة ، كالمنقسم.(١٢)

قلنا : يبطل بالجار المحاذى،(١٣) ثم فى المنقسم يخاف الضرر بنقصان قيمة الملك بالقسمة(١٤) ومؤونة المرافق ، وهذا(١٥) لا يوجد فى هذا.(١٦)

* مسألة (٢٧٤) : تثبت الشفعة فى الصداق وعوض الخلع والاجارة.(١) / ١٧٨ ى.

---

(١٢) حيث تثبت فيه الشفعة.

بجامع خوف دوام الضرر، فى كل من الاصل وهو العقار المنقسم، والفرع وهو غير المنقسم،

ولما كان حكم الأصل ثبوت الشفعة فيه ، كان حكم الفرع كذلك ، فتثبت الشفعة فيما لا ينقسم أيضا لذلك.

(١٣) حيث تلك العلة موجودة فيه أيضا ، ثم لا تثبت له الشفعة عندهم ، وانما اثبتوها للملاصق فقط ، أنظر الهداية جـ٨ ص ٣٠١.

(١٤) سقط قوله (بالقسمة) من نسخة ((ب)).

(١٥) أى الضرر المذكور.

(١٦) أى فيما لا ينقسم من العقار ، فوجب أن لا تثبت فيه الشفعة لذلك.

أى فبطل قياسهم مالا ينقسم على ما ينقسم فى اثبات الشفعة فيه للفارق المذكور.

(١) وصورتها : ان يتزوج امرأة ويجعل مهرها شقصا له فى دار أو تخالعه هى على ذلك ، أو يجعل الشقص اجرة فى عقد اجارة . فتثبت الشفعة للشريك فى ذلك الشقص.

أنظر : الأم جـ٤ ص ٧ . فتح العزيز جـ١١ ص ٤٢٨ . المنهاج ص ٧٢ .

وهو قول المالكية : القوانين ص ٣١٤ . الشرح الكبير جـ٣ ص ٤٧٧ . شرح المنح جـ٣ ص ٥٨٩.

وقال أبو حنيفة : لا تثبت .(٢)

لنا : هو أنه معاوضة يملك بها الشقص من العقار ، فجاز أن تثبت فيها الشفعة ، كالبيع (٣) ولأن البضع ذو عوض مسمى ، أو ذو عوض ممثل ، (٤) فجاز أن تثبت الشفعة فى بدله كالثوب ، (٥) ولأنه قطع ملك لدفع الضرر عن

---

(٢) الهداية جـ٨ ص ٣٢٩ . التبيين جـ٥ ص ٢٥٣ . مجمع الأنهر جـ٢ ص ٤٨١ .
وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى جـ٢ ص ٤٣٤ . كشاف القناع جـ٤ص ١٥٢ .
وذكر فى المغنى جـ٥ ص ٢٣٥ رواية أخرى أن الشفعة تثبت فى جميع ذلك .

واليه ذهب ابن حزم : المحلى جـ١٠ ص ١٤ .

(٣) حيث تثبت فيه الشفعة .
بجامع ان كلا معاوضة يملك بها الشقص من العقار ، اما الاصل فالبيع ، واما الفرع فالصداق وعوض الخلع والاجارة .
ولما كان حكم الاصل ثبوت الشفعة فيه ، كان حكم الفرع كذلك فتثبت الشفعة فى الصداق وعوض الخلع والاجارة أيضا لذلك .

(٤) فى نسخة ((ب)) : بمثل . / والمراد بقوله ممثل ، أى يجب فيه مهر المثل عند عدم التسمية أو عند فساده ، كما لو جعل مهرها خمرا أو خنزيرا .

(٥) فى نسخة ((ب)) : كالمبيع . / وهى كذلك فى الاصل ، الا أن الناسخ ضرب على حرف العين وصحح الكلمة فجعلها هكذا : كالثوب .
والمراد : أن البضع كالثوب فى ثبوت الشفعة فى بدله ، أى اذا كان مما تثبت فيه الشفعة وهو العقار ، كالأرض والبناء ونحو ذلك . لانها لا تثبت فى المنقول . المنهاج ص ٧٢
بجامع ان كلا ذو عوض مسمى أو ممثل ، اما الاصل فالثوب ، واما الفرع فالبضع .
ولما كان حكم الاصل ثبوت الشفعة فى بدله اذا كان عقارا كان حكم الفرع كذلك فتثبت فى بدل البضع وهو الصداق اذا كان عقارا أيضا لذلك .

المال ،(٦) فجاز أن يثبت فى الصداق كالرد بالعيب(٧) .

قالوا : لم تملك(٨) بمال ، فأشبه الهبة(٩) والارث(١٠) .

---

(٦) فى نسخة ((ب)) : ولانه دفع ملك لدفع الضرر عن الملك . / والضمير يعود الى حق الشفعة .

(٧) فى نسخة ((ب)) : كالرد فى العيب . / حيث تثبت الشفعة فى الشقص اذا رده المشترى بالعيب وأراد الشفيع أخذه راضيا بالعيب فيه ،فى الاظهر أنظر المنهاج ص ٧٢ .

بجامع ان فى كل قطع ملك لدفع الضرر عن المال . أما الاصل فالرد بالعيب .
واما الفرع فالشفعة فى الصداق اذا كان شقصا من عقار .
ولما كان حكم الاصل ثبوت الشفعة فيه ،كان حكم الفرع كذلك فتثبت الشفعة فى الصداق أيضا لذلك .

(٨) أى المنفعة فى الخلع والصداق والاجارة . فان المنفعة ليست بمال متقوم عندهم ،أنظر أدلتهم فى المسألة رقم (٢٥٩)
وفى نسخة ((ب)) : لم يتملك . / أى الانتفاع .

(٩) فى نسخة ((ب)) : فأشبه الاجارة فيه والهبة والارث . / والصواب مافى الاصل ،لأن نفي الشفعة عن الاجارة هو موضوع المسألة عندهم ،فكيف تجعل مقيسا ومقيسا عليه فى آن واحد .

(١٠) حيث لا تثبت الشفعة فى المتملك بهما .
بجامع حصول التملك بغير مال ، فى كل من الاصل وهو الهبة والارث،والفرع وهو الصداق والخلع والاجارة .
ولما كان حكم الاصل عدم ثبوت الشفعة فيه ،كان حكم الفرع كذلك فلا تثبت الشفعة فى الصداق والخلع والاجارة أيضا لذلك .

قلنا : لا نسلم الوصف فى الاجارة ، لأن المنافع مال (١١) ، ولأن حكمه (١٢) حكم المال ، الا ترى انه يضمن بالمسمى فى الصحيح ، وبالقيمة فى الفاسد ، ويثبت فيه الرد بالعيب ، بخلاف الهبة والارث (١٣) .

قالوا : لو اثبتنا الشفعة فى الصداق قومنا البضع على الشفيع ، والبضع لا يقوم الا على زوج أو من (١٤) له شبهة الزوجية (١٥) .

قلنا : الثوب لا يقوم الا على متلف أو صاحب يد (١٦) ، ثم اذا ملك به شقص قوم على الشفيع (١٧) ، ولأن الثمن لا يستحق الا على

---

(١١) أى فتكون الاجرة فى الاجارة متملكه بمال ، فلا تدخل فى الوصف الذى جعلوه علة فى المنع من الشفعة فيها .

(١٢) فى نسخة ((ب)) : ولأن حكمها . / والصواب مافى الاصل ، لأن الضمير عائد الى الصداق .

(١٣) لأن الهبة عقد تبرع ، والارث تملك قهرى ، فلا يثبت فيهما حق الرد بالعيب ، واما الصداق والخلع فمن عقود المعاوضة فيثبت للعاقدين فيه حق الرد بالعيب .
أى فكان قياسهم الصداق والخلع على الهبة والارث فى عدم ثبوت الشفعة فيهما ، قياسا مع الفارق ، فيبطل به .

(١٤) سقط الاسم الموصول (من) من نسخة ((ب)) .

(١٥) وذلك فى العقد الفاسد .

(١٦) كالغاصب ونحوه .

(١٧) أى مع انه ليس بمتلف ولا صاحب يد على الثوب .
أى فلم يكن اختصاص التقويم فيه على المتلف أو صاحب اليد ، مانعا من تقويمه على الشفيع اذا ملك به شقصا ، وماقيل فى الثوب هنا ، يقال فى الصداق أيضا ، فلا يمنع اختصاص الزوج بتقويم الصداق عليه ، من تقويمه على الشفيع اذا حصل تملك شقص بالصداق .

مشتر[(١٨)] ، ثم يستحق[(١٩)] على الشفيع لدفع الضرر ،[(٢٠)] وعلى أنه[(٢١)] لا يقوم على غير زوج ابتداء وها هنا[(٢٢)] يقوم عليه بناء ،[(٢٣)] وذلك[(٢٤)] لا يمتنع ،[(٢٥)] ولهذا نقول : لا يطالب غير الزوج بالمهر ابتداء ، ثم يطالب به الضامن بناء ،[(٢٦)] كذلك ها هنا .[(٢٧)]

---

(١٨) فى الأصل (الا على مشترى) باثبات الياء ، والصواب حذفها لانها معلولة اعلال قاض . تقول : مررت بقاض ، فتحذف منه حرف العلة وهى الياء . وهى محذوفة منه فى نسخة ((ب)) كما أثبتناه .
والمراد : أن الثمن لا يقوم على غير المشترى أى هذا هو الأصل فيه .

(١٩) أى الثمن .

(٢٠) أى فكما خرج عن الأصل فيه هنا ، خرج عن الأصل فيه أيضا هناك أعنى فى الصداق ، فقوم على غير الزوج وهو الشفيع لضرورة دفع الضرر عن الشريك .

(٢١) أى ويحمل عدم تقويم البضع على غير الزوج على الابتداء ، أى هذا هو الاصل فيه .

(٢٢) أى فى الشفعة فى الشقص المجعول صداقا للمرأة .

(٢٣) سقط قوله (بناء) من نسخة ((ب)) والمراد بقوله (بناء) أى فى حال الضرورة ونحوها وهى دفع ضرر الغير للمالك فى الشقص .

(٢٤) أى وحمله على ذلك المعنى .

(٢٥) فى نسخة ((ب)) : لا يمنع .

(٢٦) فى نسخة ((ب)) : ثم يطالب به الضامن فى ثانى ./ أى فى ثانى الحال وهو مالو ضمنه رجل للمرأة عن الزوج فانه يصير مطالبا به أيضا .

(٢٧) أى فى الشفعة ، فنقول : لا يقوم الصداق الا على الزوج ، فاذا ملك بالصداق شقص ، فانه يقوم على غير الزوج وهو الشفيع للضرورة ، وهى دفع ضرر مشاركة الغير للمالك فى الشقص المشفوع فيه .

* مسألة (٢٧٥) : الشفعة على قدر (١) الأنصباء (٢) فى أحد القولين (٣) . ١٧٨/ى .

وقال أبو حنيفة : على عدد الرؤوس. (٤)

لنا : هو أنه حق يستفاد بسبب الملك ، فوجب أن يتقسط حال الاشتراك على قدر الاملاك ، كالغلة والنتاج ، (٥) والدليل على الوصف (٦) : أنه لا بد من

---

(١) فى نسخة ((ب)) : على عدد .

(٢) كما لو كان الشركاء ثلاثة ، لاحدهم النصف وللثانى الثلث وللثالث السدس، فاذا باع صاحب السدس ، فحصته بين شريكيه على خمسة اسهم ، لصاحب النصف ثلاثة ولصاحب الثلث اثنان . وهكذا .

(٣) هذا هو قوله فى الجديد . وهو أصح القولين .
أنظر الأم جـ ٤ ص ٣ . الوجيز جـ ١ ص ٢١٩ . فتح العزيز جـ ١١ ص ٤٧٧ . المنهاج ص ٧٣ .
وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى جـ ٢ ص ٤٣٩ . كشاف القناع جـ ٤ ص ١٦٤ .
وذكر فى المغنى جـ ٥ ص ٢٧٠ عن أحمد رواية ثانية أنها على عدد الرؤوس.
وبه يقول المالكية : الشرح الكبير جـ ٣ ص ٤٨٦ . الجواهر جـ ٢ ص ١٦١ . شرح المنح جـ ٣ ص ٦٠٢ .

(٤) الهداية جـ ٨ ص ٣٠٢ . التبيين جـ ٥ ص ٢٤١ . مجمع الأنهر جـ ٢ ص ٤٧٣ .
واليه ذهب ابن حزم : المحلى جـ ١٠ ص ٣٢ .

(٥) حيث يتقسطان على الشركاء بحسب حصصهم فيها .
بجامع ان كلا حق يستفاد بسبب الملك ، اما الاصل فالغلة والنتاج ، واما الفرع فالشفعة .
ولما كان حكم الاصل تقسيطه على قدر الحصص فيه ، كان حكم الفرع كذلك فتقسط الشفعة على الشركاء فيها بقدر حصصهم أيضا لذلك .

(٦) وهو أن الشفعة حق يستفاد بسبب الملك .

وجود الملك [٧] ، ولأن الشفعة انما جعلت لدفع الضرر على ماذكرناه فى شفعة الجار [٨] ، ومن زاد ماله [٩] زاد ضرره [١٠] ، فوجب أن يكون حقه أكثر. [١١]

قالوا : سبب الشفعة ملك الشقص لا قدره ، وقد استويا فى السبب ، فلم يقدم أحدهما [١٢] ، كالابنين فى الميراث [١٣] ، وكما لو ادعى رجلان ملكا واقام احدهما شاهدين والآخر أربعة [١٤] أو أعتق [١٥] أحد الشركاء [١٦] سدس العبد والاخر ثلثة. [١٧]

---

(٧) أى للشفيع فى المشفوع فيه ، بمعنى انه لابد أن يكون شريكا للبائع فيه .

(٨) من أن ذلك يوجب احداثه مرافق جديدة ، كالبالوعة والبئر والرحى والممر ونحو ذلك . وأنظر المسألة رقم (٢٧٢) هامش (٢٦) ومابعده .

(٩) بزيادة حصصه فى المال المشفوع فيه .

(١٠) أى بسبب بيع الشريك شقصه .

(١١) ليقل الضرر اللاحق به بسبب البيع .

(١٢) أى على شريكه فى استحقاق الشفعة .

(١٣) حيث لا يقدم احدهما على الآخر فيه ، بزيادة نصيبه على نصيب أخيه .
بجامع الاستواء فى سبب الملك ، فى كل من الأصل وهو الميراث ، والفرع وهو الشفعة .
ولما كان حكم الاصل استواء الابناء فى نصيبهم من الارث ، كان حكم الفرع كذلك فيستوى الشركاء فى الشفعة فتكون على عدد رؤوسهم أيضا لذلك .

(١٤) حيث لا يقدم من زاد عدد شهوده على الآخر فى الاستحقاق .

(١٥) سقطت الهمزة فى (أو) من نسخة ((ب)) . فهى فيها بالواو .

(١٦) أى فى ملك العبد .

(١٧) بأن كانوا ثلاثة ، فاعتق صاحب السدس نصيبه وصاحب الثلث نصيبه وهما موسران فيسرى العتق الى نصيب الثالث ، وعليهما قيمة نصيب الثالث بالسوية لاشتراكهما فى ولاء العبد لهما بالعتق .
بجامع الاستواء فى سبب الملك ، فى كل من الاصل وهو مالو ادعى رجلان ملكا واقام احدهما شاهدين والاخر أربعة أو اعتق أحد الشركاء سدس =

قلنا : ينكسر بالغنيمة ، سببها الحضور ، وقد استوى الفارس والراجل في الحضور ، ثم فضل الفارس[(١٨)] على الراجل ،[(١٩)] وتخالف[(٢٠)] الابنين ، فانهما يستويان في البنوة ،[(٢١)] وها هنا[(٢٢)] يختلفان في الملك ،[(٢٣)] فهو كالاخت من الأب والأم ،[(٢٤)] والاخت من الأب ،[(٢٥)] والشهادة ليست بسبب للاستحقاق ،[(٢٦)]

= العبد والثاني ثلثه ، والفرع وهو مالو تفاوت الشركاء في حصصهم من الشفعة .
ولما كان حكم الاصل عدم اعتبار التفاوت فيه في الاستحقاق كان حكم الفرع كذلك فلا يعتبر تفاوتهم في الانصباء في حق الشفعة أيضا لذلك .

(١٨) حيث استحق ثلاثة اسهم ، لقوة نكايته في العدو وزيادة تعرضه للخطر .

(١٩) حيث استحق سهما واحدا .

(٢٠) أى الشفعة .

(٢١) أى فاستويا في الميراث .

(٢٢) أى في الشفعة .

(٢٣) بتفاوت انصبائهم في المال المشترك .

(٢٤) وهي التى تسمى بالاخت الشقيقة .

(٢٥) حيث يختلفان في الميراث .

بجامع الاختلاف في سبب الملك في كل من الأصل وهو الاخت الشقيقة والاخت لأب في الميراث ، والفرع وهو الشركاء في الشفعة .

ولما كان حكم الاصل اختلافهما في الميراث ، كان حكم الفرع كذلك فيختلف الشركاء في حق الشفعة فتكون على عدد الانصباء أيضا لذلك .

(٢٦) وانما هي كاشفة ومظهرة للحق .

أى ولذلك لم يراع فيها زيادة عدد الشهود .

وها هنا (٢٧) الملك سبب للاستحقاق (٢٨)، وقد تفاوتا فيه (٢٩)، واما العتق فهو جناية (٣٠) واتلاف (٣١) والاتلاف (٣٢) بالسدس والثلث واحد (٣٣)، وهذا (٣٤) يملك بمال، فوزانه ما يملكه صاحب الثلث (٣٥) والسدس بعتق صاحب النصف (٣٦) .

---

(٢٧) أى فى الشفعة .

(٢٨) فى نسخة ((ب)) : للاستلحاق ./ وهو تحريف .

(٢٩) أى فيتفاوتان فى حق الشفعة تبعا لذلك .
أى وهذا فارق بين الأصل والفرع فيبطل به قياسهم المذكور.

(٣٠) فى الأصل : فهو خيار واتلاف ./ والصواب ما أثبتناه من نسخة ((ب)) .

(٣١) أى لملك صاحبها المشارك لهما فى العبد ، لأن بعتقهما نصيبهما سرى العتق على ملك الثالث وعتق قهرا عنه اذا كانا موسرين .

(٣٢) فى نسخة ((ب)) : فهو جناية واتلاف ، فالسدس والسدس والثلث واحد /. أى فى الاتلاف .

(٣٣) أى ولذلك استويا فى تحمل نصيب الثالث .

(٣٤) أى الشقص المشفوع فيه .

(٣٥) فى نسخة ((ب)) : صاحب السدس والثلث .

(٣٦) حيث لو اعتق صاحب النصف نصيبه فان لكل من صاحب الثلث والسدس قيمة نصيبه على صاحب النصف باعتاقه نصيبه اذا كان موسرا ، فيرجع عليه صاحب الثلث بقيمة ثلثه ، وصاحب السدس بقيمة سدسه ، فاختلفا فيما يملكانه برجوعهما على صاحب النصف ، لاختلافهما فيما يملكانه من العبد .

* مسألة (٢٧٦) : يأخذ الشفيع بالثمن الذى عقد به البيع.[١] / ١٧٨ش.

وقال أبو حنيفة : ان حط من الثمن شئ أخذ الشفيع بما بقى.[٢]

لنا : هو انه تغيير للثمن بعد لزوم العقد ، فلا يثبت فى حق الشفيع كالزيادة[٣] ،

---

(١) بمعنى : انه لو زاد البائع أو المشترى فى الثمن أو نقصا منه شيئا بعد تمام العقد ، فلا يلحق بالعقد ، بل يأخذه الشفيع بثمن العقد ، لأن الزيادة من المشترى بعد العقد هبة للبائع ، والنقص من البائع للمشترى ابراء من بعض الثمن ، وكلاهما لا تدخله الشفعة .

أنظر المسألة فى : المختصر ص ١٢٠ . الوجيز جـ١ ص ٢١٧ . المنهاج : ص ٧٣ .

وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى جـ٢ ص ٤٤٥ . كشاف القناع جـ٤ ص ١٧٧ . المغنى جـ٥ ص ٢٥٩ .

وبه يقول المالكية : الشرح الكبير جـ٣ ص ٤٧٦ . الجواهر جـ٢ ص ١٥٨ . شرح المنح جـ٣ ص ٥٨٨ .

واليه ذهب ابن حزم : المحلى جـ١٠ ص ٣ .

(٢) الهداية جـ٨ ص ٣١٨ . التبيين جـ٥ ص ٢٤٨ . مجمع الأنهر جـ٢ ص ٤٧٢ .

(٣) من قوله "(كالزيادة) الى قوله الآتى (كأرش العيب) ساقط من نسخة ((ب)) .

والمراد بالزيادة : الزيادة على الثمن بعد تمام عقد البيع ولزومه ، حيث لا تلزم المشترى .

بجامع تغيير الثمن بعد لزوم العقد فى كل من الاصل وهو الزيادة على الثمن ، والفرع وهو الحط منه .

ولما كان حكم الاصل عدم لزومها للشفيع ، كان حكم الفرع كذلك ، فلا يثبت الحط من الثمن فى حق الشفيع أيضا لذلك .

ولانه حط بعد لزوم البيع ،فأشبه حط الجميع .(٤)

قالوا : ماارتفق به المشترى من الثمن لحق العقد فى حق الشفيع ،كأرش العيب ،(٥) وما يأخذه صلحا عن العيب ،(٦) وماحط من الثمن فى مدة المجلس.(٧)

---

(٤) حيث لا يلزم منه حط الثمن كله أيضا عن الشفيع .
بجامع الحط بعد لزوم العقد ،فى كل من الأصل وهو حط جميع الثمن ، والفرع وهو حط بعضه .
ولما كان حكم الاصل عدم لزوم حطه عن الشفيع بحطه عن المشترى ، كان حكم الفرع كذلك ، فلا يلزم من حط بعضه عن المشترى حط ذلك البعض عن الشفيع أيضا لذلك .

(٥) حيث يستحق الشفيع أخذ المبيع بما جعل عليه العقد بعد حط أرش العيب عن المشترى .

(٦) حيث يلحق الشفيع أيضا ، فيأخذه مع حط ماتصالح عليه البائع والمشترى من الثمن بسبب العيب .

(٧) أى عندكم ،أعنى الشافعية .لأن الحنفية لا يقولون بخيار المجلس .أنظر مجمع الأنهر جـ٢ ص ٧ .
حيث يأخذ الشفيع الشقص بالثمن الذى استقر عليه البيع فى ذلك المجلس بعد ماجرى حطه من الثمن فى مدة المجلس أيضا .
والجامع فى القياس المذكور هو أن ماارتفق به المشترى من الثمن ،لحق العقد فى حق الشفيع فى كل من الأصل وهو ارش العيب ، وما يأخذه صلحا عن العيب وماحط من الثمن فى مدة مجلس العقد ، والفرع وهو ماحط منه بعد العقد ، ، ولما كان حكم الاصل لحاق ذلك فى حق الشفيع، كان حكم الفرع كذلك فيلحق الحط من الثمن بعد العقد الشفيع أيضا لذلك .

قلنا[٨] : الارش[٩] فقد في مقابلته جزء من المبيع ، فخرج عن أن يكون ثمنا[١٠] ، والابراء[١١] تبرع لا يقابله مبيع ،[١٢] والصلح عن العيب[١٣] لا يجوز في أحد الوجهين[١٤] ، وان جوز[١٥] لم يثبت في حق الشفيع ، وان سلم[١٦] فالمعنى[١٧] فيه وفيما يحط في

---

(٨) من قوله (قلنا) الى قوله (لا يجوز في أحد الوجهين) ساقط من نسخة ((ب)) .

(٩) أي ارش العيب في المبيع ، وهو فرق ما بين ثمنيه معيبا وغير معيب .

(١٠) أي والشفعة انما هي في الثمن ، وليس الارش منه ، فلم يستحقه الشفيع بالشفعة لذلك .
أي وبه فلا يصح قياس حط بعض الثمن عن المشترى بعد العقد على حطه بعضه بسبب العيب . فان الثمن بعد العقد ثمن لكل المبيع والثمن بعد رد الارش للعيب ثمن لبعضه .

(١١) وهو ما يتركه البائع للمشترى من الثمن .

(١٢) أي فلا تثبت فيه الشفعة ، لأن سببها البيع ، ولا بيع في حال الابراء .

(١٣) أي في المبيع .

(١٤) لانه متمكن من الفسخ بسببه . فلم يبق فيه للصلح حاجة .

(١٥) بالبناء للمجهول ، أي وان قلنا بجواز الصلح عن العيب في المبيع للمشترى فلا يثبت ذلك الصلح في حق الشفيع .

(١٦) أي بأن اثبتنا للشفيع حق الشفعة فيما صالح فيه البائع المشترى عن العيب في المبيع .

(١٧) في نسخة ((ب)) : فلأن المعنى فيه .

المجلس ان العقد فيه معرض للفسخ (١٨) ، فصار كالابراء فى مدة الخيار (١٩) (٢٠) وهذا حصل فى حال لزوم العقد ، فلم يلحق بالعقد (٢١).

قالوا : اذا حط البعض ، جعل العقد كالواقع على الباقى ، ولهذا اذا رد (٢٢) بالعيب (٢٣) ، أو أقاله (٢٤) رجع بما بقى (٢٥) ، فكذلك (٢٦) فى الشفعة (٢٧).

---

(١٨) أى لثبوت حق خيار المجلس فيه.

(١٩) حيث يثبت للشفيع حق الشفعة بما بقى عليه العقد بعد الابراء فى مدة الخيار لان العقد لم يلزم بعد حتى تنتهى مدة الخيار فيه.
بجامع تعرض العقد للفسخ فى كل من الاصل وهو الابراء فى مدة الخيار والفرع وهو الصلح عن العيب والحط عن المشترى فى مدة المجلس.
ولما كان حكم الاصل الحاقه بعقد الشفيع ، كان حكم الفرع كذلك فيلحق الحط فيه عقد الشفيع أيضا لذلك.

(٢٠) أى الحط عن المشترى بعد تمام عقد البيع.

(٢١) أى فلا يصح قياسه على خيار العيب ولا على ما يحط فى مجلس العقد للفارق المذكور.

(٢٢) أى المشترى. (٢٣) أى بعيب آخر اطلع عليه بعد اخذه ارش عيب قبله.

(٢٤) أى البائع. أى بعد أخذ المشترى ارش عيب قديم ظهر عليه المشترى فيما بعد.

(٢٥) وهو الثمن الذى وقف عنده المبيع بعد أخذ المشترى ارش العيب فيه.
فلو كان قبل الرد بالعيب والاقالة بمائة درهم ، فأخذ المشترى ارش العيب عشرة ، ثم ظهر فيه على عيب قديم آخر فرد المبيع به ، رده بمائة وعشرة وهو الثمن الذى بقى. وكذلك لو اقاله بعد أخذ المشترى ارش العيب فان المشترى يرده على البائع ويأخذ ما وقف عليه البيع بعد أخذ الارش.
فدل على أن الثمن بعد الحط يرجع لما بقى.

(٢٦) فى الأصل : وكذلك. / وما أثبتناه من نسخة ((ب)) أولى لانه نتيجة لما تقدم.

(٢٧) أى فيأخذ الشفيع الشقص بما وقف على المشترى بعد الحط.

قلنا : الشفعة تخالف ماذكروه، (٢٨) الا ترى أنه لو أبراه (٢٩) من جميع الثمن لم يلحق بالعقد فى حق الشفيع، (٣٠) ولو أبراه (٣١) من الجميع لحق به (٣٢) فى الرد بالعيب والاقالة، (٣٣) حتى لا يرجع بشئ. (٣٤)

* مسألة (٢٧٧) : اذا أقرّ المشترى بأنه اشترى الشقص بألف، ثم أقام البائع البينة انه باعه بالفين أخذ الشفيع بالألف. (١) /١٧٨ش.

---

(٢٨) أى من القياس على الرد بالعيب والاقالة فى رجوع المشترى على البائع بما بقى من الثمن بعد الاقالة والرد بالعيب.

(٢٩) أى بائع الشقص المشفوع فيه. لو أبرأ المشترى.

(٣٠) فلا يأخذ الشفيع الشقص بلا ثمن بابراء البائع المشترى منه، لأن ذلك مكرمة وهبة من البائع للمشترى، فلا يلزم منه أن يأخذ الشفيع بلا ثمن أيضا.

(٣١) أى لو أبرأ البائع المشترى.

(٣٢) أى بالعقد.

(٣٣) أى من البيع.

(٣٤) أى فلا يبقى للبائع بعد ابرائه المشترى من جميع الثمن شئ من الثمن. أى فهذا فارق بين الاصل والفرع، فيبطل به قياسهم المذكور.

(١) المختصر ص ١٢١. فتح العزيز جـ ١١ ص ٤٧١ والتى تليها. مغنى المحتاج: جـ ٢ ص ٣٠٤.
وهو قول الحنابلة: شرح المنتهى جـ ٢ ص ٤٤٧. كشاف القناع جـ ٤ ص ١٨٠: المغنى جـ ٥ ص ٢٦٨.
وللمالكية فيه قولان، قال ابن المواز بما ذهب اليه الشافعية، وقال ابن عبد الحكم واصبغ بما ذهب اليه الحنفية، ولم ينص فى المذهب على ترجيح أحد القولين على الآخر.
أنظر: الشرح الكبير جـ ٣ ص ٤٩٦. الجواهر جـ ٢ ص ١٦٤. شرح المنح جـ ٣ ص ٦١٧.

وقال أبو حنيفة : يأخذ بألفين.(٢)

لنا : هو أنه أقر(٣) بأنه لا يستحق الزيادة(٤) ، فلم يأخذ أكثر من ذلك(٥)، كما لو

لم يقم(٦) البائع البينة .(٧)

---

(٢) في نسخة ((ب)) : بالألفين .

ومحله: ما اذا اختلفا قبل القبض ، فيتحالفان ، ويترادان البيع ، ويأخذ الشفيع بما قال البائع ، لأن فسخ البيع لا يوجب سقوط حق الشفيع في الشفعة ، فاذا نكل احدهما أعني البائع أو المشترى أخذه الشفيع بقول من لم ينكل منهما سواء كان البائع أو المشترى .

واما اذا اختلفا بعد القبض ، فان الشفيع يأخذه بقول المشترى وحده .

أنظر : الهداية جـ٨ ص ٣١٧ . التبيين جـ٥ ص ٢٤٨ . مجمع الأنهر : جـ٢ ص ٤٧٧ .

ويشبه أن يكون هذا قول ابن حزم أيضا ، فانه لا يرى للاقرار ولا للانكار معنى اذا اجتمع مع البينة ، بل يقضى بها وحدها . أنظر المحلى : جـ٩ ص ١٢١ كتاب الاقرار .

(٣) أى المشترى .

(٤) أى على الشفيع .

(٥) سقط اسم الاشارة (ذلك) من نسخة ((ب)) . / أى مما أقر به وهو الألف .

(٦) في نسخة ((ب)) : لم يعلم .

(٧) حيث يستحق الشفيع الشفعة بالألف .

بجامع الاقرار بعدم استحقاق الزيادة ، في كل من الاصل وهو مالو لم يقم البائع البينة ، والفرع وهو مالو اقامها على بيعه الشقص بالفين .

ولما كان حكم الاصل عدم استحقاق المشترى أكثر من الألف على الشفيع ، كان حكم الفرع كذلك ، فلا يأخذ المشترى أكثر من الألف اذا اقام البائع البينة أيضا لذلك .

قالوا : قد ثبت الالفان بالقضاء (٨) ، فأشبه اذا لم يقرّ (٩) .

قلنا : قد ثبت ذلك (١٠) في حق البائع دون حق الشفيع (١١) ، كما اذا أقر (١٢) بحرية عبد غيره ثم اشتراه ، ثبت رقه في حق البائع (١٣) دون المشتري (١٤) ، فكذلك هاهنا (١٥) .

---

(٨) وذلك بالعمل بالبينة التي اقامها البائع.

(٩) أي المشتري بأنه اشتراه بألف .

حيث يجب على الشفيع أخذها بالألفين ، ولا يعتبر فيه قول المشتري .

بجامع ثبوته بالقضاء ، في كل من الاصل وهو مالو لم يقر المشتري والفرع وهو مالو أقر.

ولما كان حكم الاصل هو اعتبار بينة البائع ، كان حكم الفرع كذلك فيعتبر بينة البائع دون اقرار المشتري أيضا لذلك .

(١٠) أي بالقضاء .

(١١) فقد ثبت حقه باقرار المشتري ، لأن الشفيع يأخذ الشقص بالثمن الذي دفعه المشتري ، وقد أقر المشتري بالألف.

(١٢) في نسخة ((ب)) : كما لو أقر.

(١٣) أي فلا يسرى اقراره على البائع بل يبقى ملك البائع على العبد قائما .

(١٤) أي فيسرى اقراره على نفسه فيصح شراؤه العبد ويعتق عليه معاملة له باقراره .

(١٥) أي في الشفعة ، فاذا أقر المشتري بأنه اشتراه بألف ، ثم ثبت للشريك الشفعة فيه ، ثبت حق الشفيع فيه بألف ، ولا عبرة ببينة البائع .

أي فيسرى اقرار المشتري على نفسه ولا يسرى على البائع فيستحقه الشفيع بما أقر به المشتري ، لانه اقر أنه لا يستحق على الشفيع أكثر من ألف فعومل باقراره .

* مسألة (٢٧٨) : اذا غرس المشترى أو بنى فى الشقص لم يجبره الشفيع على القلع الا بضمان الأرش[١] ./١٧٨ش.

وقال أبو حنيفة : يقلعه من غير ضمان[٢] .

لنا : قوله صلى الله عليه وسلم (ليس لعرق[٣] ظالم حق[٤])

---

(١) الأم جـ٤ ص ٧ . المختصر ص ١٢٠ . الوجيز جـ١ ص ٢١٨ . القليوبى جـ٣ ص ٤٨ .
وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى جـ٢ ص ٤٤٤ . كشاف القناع جـ٤ ص ١٧٥ .
المغنى جـ٥ ص ٢٥٦ .
واليه ذهب المالكية : الشرح الكبير جـ٣ ص ٤٩٤ . الجواهر جـ٢ ص ١٦٣ .
شرح المنح جـ٣ ص ٦١٣ .

(٢) خلافا لأبى يوسف فقد ذهب الى أنه لا يكلف بقلع ذلك ، بل يخير الشفيع بين أن يأخذ بالثمن وقيمة البناء والغرس ، وبين أن يتركه .
أنظر : الهداية جـ٨ ص ٣٢٢ . التبيين جـ٥ ص ٢٥٠ .
ويقلعه من غير ضمان يقول ابن حزم أيضا : المحلى جـ١٠ ص ٢٠ .

(٣) قال ابن حجر : قوله : لعرق ظالم ، هو بالتنوين ، وبه جزم الأزهرى وابن فارس وغيرهما ، وغلط - بتشديد اللام - الخطابى من رواه بالاضافة . أهـ
التلخيص جـ٣ ص ٥٤ تحت رقم/ ١٢٧٠ .
ونقل أبو داود عن مالك فى تفسير معنى الحديث قوله : العرق الظالم كل ما أخذ واحتفر وغرس بغير حق . أهـ سنن أبى داود جـ٣ ص ١٧٩ كتاب الامارة باب فى احياء الموات ، رقم/ ٣٠٧٨ .

(٤) رواه أبو داود جـ٣ ص ١٧٨ كتاب الامارة ، باب فى احياء الموات ، رقم الحديث/ ٣٠٧٣ عن سعيد بن زيد مرفوعا : من احيا أرضا ميتة فهى له ، وليس لعرق ظالم حق . أهـ.
ورواه الترمذى جـ٣ ص ٦٦٢ كتاب الأحكام ، باب ماذكر فى احياء أرض الموات رقم/ ١٣٧٨ ثم قال : هذا حديث حسن غريب . أهـ.
قال ابن حجر فى التلخيص : وأعله الترمذى بالارسال . أهـ جـ٣ ص ٥٤ رقم/ ١٢٧٠ =

ولانه غراس غير متعد به[5]، لم يشترط عليه[6] قلعه، ولم يجبر على قلعه على وجه يلحقه ضرر[7]، كالمستعير[8]، والدليل على أنه غير متعد أنه لو رآه القاضي لم يمنعه منه[9]، ولأن ما أنبته المشترى، لم يقلع لحق الشفيع، على وجه يلحقه ضرر، كالزرع[10].

= يشير الى قول الترمذى: وقد رواه بعضهم عن هشام بن عروة عن أبيه عن النبي صلى الله عليه وسلم مرسلا. أهـ جـ٣ ص ٦٦٣.
وهذا يعني أن للحديث طريقين أحدهما مرفوع من طريق سعيد بن زيد وهو حسن غريب، وثانيهما مرسل من طريق هشام بن عروة عن النبي صلى الله عليه وسلم ورواه مالك أيضا عن هشام بن عروة عن أبيه مرسلا، ص ٢٩٥ باب احياء الأرض باذن الامام أو بغير اذنه، رقم ٨٣٣/٢. والشاهد فيه ما سيذكره المصنف الآن.

(٥) لانه تصرف في ملك انتقل اليه بالشراء الصحيح.

(٦) في نسخة ((ب)): لم يشرط.

(٧) أي المشترى.

(٨) أي كما لو استعار شخص أرضا وغرس أو بنى فيها، حيث لا يجبر على قلعه بدون ضمان، ومحله: اذا لم يذكر للاعارة مدة ولم يشترط عليه القلع. والا قلع عليه ذلك ولا أرش له. أنظر شرح المحلى جـ٣ ص٢٢.
بجامع عدم التعدى به، في كل من الاصل وهو المستعير والفرع وهو المشترى. ولما كان حكم الاصل ثبوت ضمان الارش للمستعير، كان حكم الفرع كذلك فيجب للمشترى ضمان الارش أيضا لذلك.

(٩) سقط قوله (منه) من نسخة ((ب)). / أي من الغرس والبناء لانه تصرف في حقه.

(١٠) حيث لا يجب قلعه على المشترى ان لحقه منه ضرر بل ينتظر به حتى الجذاذ أو الحصاد، أنظر قليوبي جـ٣ ص ٤٨.
بجامع عدم تعدى المشترى في كل من الاصل وهو مالو زرع، والفرع وهو مالو غرس أو بنى في الشقص المبيع.
ولما كان حكم الاصل عدم جواز قلع الزرع على وجه يلحقه فيه ضرر، كان حكم =

قالوا : بنى فى حق الغير ، فقلع من غير ضمان ، كبناء الغاصب .(١١)

قلنا : الغاصب منعه الشرع من البناء ، وهذا(١٢) اذن له الشرع ، فلا ينقض بالشرع ما اذن فيه الشرع ، ولأن الغاصب يقلع زرعه(١٣) ، والمشترى لا يقلع زرعه(١٤) ، ولأن ذاك(١٥) غرس فى ملك غيره بغير اذنه ، وهذا(١٦) غرس فى ملكه ، وانما لغيره(١٧) فيه حق تملك ، فهو كما لو غرس فيما وهب له من يملك الرجوع فى هبته(١٨)

= الفرع كذلك فلا يجوز قلع ما بناه أو غرسه مشترى الشقص على وجه يلحقه به الضرر أيضا لذلك .

أى فيجب له الارش للقلع .

(١١) حيث يقلع عليه بغير ضمان لتعديه .

بجامع البناء فى حق الغير ، فى كل من الاصل وهو الغاصب والفرع وهو مشترى الشقص ، ولما كان حكم الاصل عدم الضمان له فيه ، كان حكم الفرع كذلك فلا يضمن للمشترى الارش أيضا لذلك .

(١٢) أى فيما اذا بنى أو غرس مشترى الشقص المشفوع فيه .

(١٣) للحديث المذكور (ليس لعرق ظالم حق) .

أى فيقلع زرعه عليه ولا ينتظر به الى الحصاد أو الجذاذ ، وان لحقه بذلك ضرر ، لأن فعله غير مشروع أصلا .

(١٤) أى بل ينتظر به الى الحصاد أو الجذاذ ، لأن فعله مشروع فى الأصل اذ هو زارع له فى أرض اشتراها من صاحبها .

وبناء على هذا الفرق ، فلا يصح قياس مشترى الشقص على الغاصب .

(١٥) فى نسخة ((ب)) : ذلك ./ والاشارة الى الغاصب .

(١٦) أى مشترى الشقص .

(١٧) فى نسخة ((ب)) : وانما فيه لغيره ./ وهو الشفيع .

(١٨) وهو الاب فى هبته لابنه ، وكذا سائر الاصول كالام والأجداد والجدات من جهة الام والاب على المشهور ، والثانى : لا رجوع لغير الأب . أنظر شرح المحلى جـ٣ ص ١١٣ . =

قالوا : تصرف من جهة المشترى فى حق الشفيع، فنقض (١٩)، كالبيع.

قلنا : هناك (٢٠) لو أخر (٢١) نقض (٢٢) ولو زرع لم ينقض (٢٣). ولأن المقصود تفسخ بأسباب، والغراس لا ينقض الا بالعدوان، ولأنه لا ضرر على المشترى فى فسخ البيع، لأن أخذ (٢٤) الثمن من الشفيع والمشترى واحد (٢٥)، وفى نقض البناء ضرر عليه (٢٦).

= فمن له الرجوع يضمن للموهوب له ارش الغرس بالرجوع فى الهبة .
بجامع الغرس فى ملكه ، فى كل من الاصل وهو مالو وهبه أبوه أرضا فغرس فيها ، والفرع وهو مالو اشترى الشقص فغرس فيه .
ولما كان حكم الاصل ثبوت الضمان على الواهب بالرجوع فى هبته اذا غرس الموهوب له فيها غرسا ، كان حكم الفرع كذلك فيضمن الشفيع ارش البناء والغرس اذا أخذ بالشفعة فى الشقص المبيع أيضا لذلك .

(١٩) حيث لو باع مشترى الشقص ذلك الشقص لشخص، لكان البيع باطلا .
بجامع التصرف فى حق الغير بغير رضاه ، فى كل من الاصل وهو مالو باع المشترى الشقص المشفوع فيه ، والفرع وهو مالو غرس أو بنى فيه .
ولما كان حكم الاصل بطلان ذلك البيع فيه ، كان حكم الفرع كذلك فينقض غرسه وبناؤه فيه بلا ضمان لا رشه أيضا لذلك .

(٢٠) أى فيما لو باع المشترى ذلك الشقص .

(٢١) أى لو أخر بيع الشقص الذى اشتراه الى مابعد طلب الشفيع الشفعة .

(٢٢) أى البيع الذى عقده مشترى الشقص ، لتعلق حق الشفيع بالشقص ، وحقه مقدم على حق المشترى لانه أسبق .

(٢٣) لما فيه من الضرر عليه .

(٢٤) فاعل الاخذ هو مشترى الشقص ، الذى صار بائعا ببيعه الشقص لشخص آخر .

(٢٥) لان الشفيع اذا أخذ الشقص أخذه بنفس الثمن الذى اشتراه به المشترى واذا تركه الشفيع أخذ المشترى الذى باع الشقص لشخص أخذ نفس الثمن من الشخص الذى اشتراه . فلاضرر عليه فى الحالين اذن .

(٢٦) لان فيه تفويتا لما بذله من مال وجهد فى ذلك البناء ، فاستوجب ذلك بذل الارش له . وبهذا الفارق يبطل قياسهم بناء أو غرس المشترى فى الشقص على بيعه اياه .

قالوا : حق الشفيع اسبق ،(٢٧) فكان بالتقديم أحق ، كبناء الراهن .(٢٨)

قلنا : الرهن اسبق ، ثم نقدم الجناية عليه ،(٢٩) ثم التقديم انما يكـــون عند تعذر الجمع ،(٣٠) ونحن نجمع بينهما ،(٣١) والجمع بين الحقين أولـــى ،(٣٢)

---

(٢٧) لما رواه مسلم جـ٣ ص ١٢٢٩ كتاب المساقاة ، باب الشفعة ، رقم / ١٣٤ عن أبي الزبير عن جابر قال قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالشفعــة في كل شركة لم تقسم ، ربعة أو حائط ، لا يحل له أن يبيع حتى يؤذن شريكه ، فان شاء أخذ ، وان شاء ترك ، فاذا باع ولم يؤذنه فهو أحق به . أهـ.

(٢٨) حيث لو بنى الراهن فى الأرض المرهونة لوجب نقض البناء من غير ارش . بجامع اسبقية الحق فى كل من الأصل وهو مالو بنى الراهن فى الأرض المرهونة والفرع وهو مالو بنى المشترى فى الشقص قبل ترك الشفيع حقه فيها .

ولما كان حكم الاصل وجوب نقضه بلا ارش لحق المرتهن ، كان حكم الفـــرع كذلك فيجب نقض مابناه المشترى بلا ارش لحق الشفيع أيضا لذلك .

(٢٩) أى فيما لو جنى الراهن على الرهن ، حيث لم نعتبر اسبقية الرهـــن على الجناية فنسقط الضمان عن الراهن ، بل وجب عليه وان كانت متأخـــرة عنه فصح أن الأسبقية غير معتبرة فى الضمان أو عدمه .

(٣٠) أى بين الحقين المتعارضين .

(٣١) أى بين حق المشترى باعطائه ارش البناء والغرس ، وبين حـــق الشـــفيع بنزع الشقص من المشترى وتسليمه له .

(٣٢) أى من الحكم بالحق لاحدهما وهو الشفيع هنا ، دون الآخـــر وهو المشـــترى .

ويخالف (٣٣) الرهن ، فانه (٣٤) محبوس بالدين ، ولهذا لا يملك (٣٥) بيعه ، وهذا (٣٦) يملك بيعه ، (٣٧) فلم ينقض غراسه من غير ضمان . (٣٨)

* مسألة (٢٧٩) : اذا عفا الوليّ عن شفعة الصبي ، والحظ في الأخذ ، لم يصح العفو (١) . /١٧٩ ى .

---

(٣٣) فاعل المخالفة هو الفرع المقيس وهو المشتري اذا غرس أو بني في الشقص المشفوع فيه .

(٣٤) أي الرهن .

(٣٥) أي المرتهن .

(٣٦) أي مشتري الشقص .

(٣٧) لانه ملكه ، فتصرفه فيه بالبيع والوقف والاجارة والهبة صحيح .
أنظر شرح المحلي جـ٣ ص ٤٧ والتي تليها .

(٣٨) لانه تصرف في ملكه ، فاذا طالبه الشفيع فان حقه في الشقص يثبت من وقت المطالبة ، فيكون ما فعله المشتري قبلها من غرس ونحوه مضمونا على الشفيع .
أي وهذا فارق بين الاصل والفرع يبطل به قياسهم المذكور .

(١) أي ويثبت للصغير الشفعة اذا بلغ .
أنظر : المختصر ص ١٢٠ . الأم جـ٤ ص ٨ . فتح العزيز جـ١٠ ص ٢٩٢ .
وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى جـ٢ ص ٤٣٩ . كشاف القناع جـ٤ ص ١٦١ . المغني جـ٥ ص ٣٥٢ . والتي تليها
وبه يقول المالكية : الشرح الكبير جـ٣ ص ٤٨٦ . الجواهر جـ٢ ص ١٦١ شرح المنح جـ٣ ص ٦٠١ .
واليه ذهب ابن حزم : المحلي جـ١٠ ص ٢٥ .

وقال أبو حنيفة : يصـــح .[٢]

لنا : هو أنه حق لازم للمولى عليه في اسقاطه[٣] ضرر ، فلم يملك الولي اسقاطه كالابراء من الدين[٤] ، ولانه[٥] خيار ثابت لدفع الضرر عن المال ، فلا يملك الولي[٦] اسقاطه مع عدم الغبطة ، كخيار الرد بالعيب .[٧]

---

(٢) خلافا لمحمد وزفر حيث اثبتا له الشفعة اذا بلغ .
الهداية جـ٨ ص ٣٤٦ . التبيين جـ٥ ص ٢٦٣ . مجمع الأنهر جـ٢ ص ٤٨٧ .

(٣) سقطت هاء الضمير في (اسقاطه) من نسخة ((ب)) . / أي حـــق الشـــفعة .

(٤) حيث لا يملك الولي ولا الوكيل ابراء المدين منه .
بجامع ان في كل حق لازم للمولى عليه في اسقاطه ضرر ، اما الاصل فالابـراء من الدين ، واما الفرع فاسقاط شفعة الصبي .
ولما كان حكم الاصل عدم سقوط الدين به عن المدين ، كان حكم الفـــرع كذلك فلا تسقط شفعة الصبي به أيضا لذلك .

(٥) أي حق الشفعة .

(٦) في نسخة ((ب)) : المولى .

(٧) حيث لا يملك ولي الصبي تركه اذا اقتضاه حال المبيع .
بجامع ثبوت الخيار لدفع الضرر عن المال في كل من الاصل وهو خيـــار الرد بالعيب ، والفرع وهو حق الصبي في الشفعة .
ولما كان حكم الاصل عدم سقوطه باسقاط الولي ، كان حكم الفرع كذلـــك فلا يسقط حق شفعة الصبي به أيضا لذلك .

قالوا : من ملك المطالبة بالشفعة ، ملك العفو كالشفيع (٨) .

قلنا : ينكسر بالدين (٩) وسائر الحقوق (١٠) ، والشفيع مالك لاسقاط سائر حقوقه ، فكذلك الشفعة ، والولي بخلافه (١١) .

قالوا : قد بقي في ملكه (١٢) بازاء ماتركه (١٣) ، فصاركما لو عرضت (١٤) سلعة ،

---

(٨) حيث يملك اسقاط الشفعة اذا شاء .
بجامع ملك حق المطالبة بالشفعة ، في كل من الأصل وهو الشفيع والفرع وهو الولي .
ولما كان حكم الاصل ملكه حق العفو عن الشفعة ، كان حكم الفرع كذلك فللولي حق اسقاط شفعة الصبي أيضا لذلك .

(٩) في نسخة ((ب)) : في سائر . / وهو تحريف .

(١٠) أي فان الولي لا يملك اسقاط دين الصبي ولا اسقاط شئ من سائر حقوقه مع أنه يملك المطالبة له بها . فبطل الوصف الذي ذكروه .

(١١) حيث لا يملك اسقاط شئ من حقوق الصبي لأن تصرفه منوط بالمصلحة للصبي .
أي فبطل أن يقاس الولي على الشفيع في جواز اسقاط حق شفعة الصبي للفارق المذكور .

(١٢) أي في ملك الصبي ، أي من الفائدة .

(١٣) وهو ذلك الشقص غير المرغوب فيه .
بمعنى : أن الصبي قد استفاد بترك الشفعة في ذلك الشقص ، بابقاء مايقابل ذلك الشقص من المال ، في ملك الصبي .

(١٤) في الأصل (كما لو غصب) والصواب ما أثبتناه من نسخة ((ب)) . / والمراد : كما لو عرضت سلعة للبيع ورأى الولي انها غير صالحة فتركها مراعاة لحظ الصبي .

فترك شراءها ، من [١٥] الحظ في أخذها .

قلنا : هناك [١٦] لم يثبت له حق ، وهاهنا [١٧] ثبت له [١٨] حق لازم [١٩] ، وفي تركه ضرر فلم يجز تركه . [٢٠]

* مسألة (٢٨٠) : اذا لم يطلب الشفعة على الفور بطلت في أصح الأقوال [١] / ١٧٩ ى .

---

(١٥) من قوله (من الحظ) الى آخر المسألة ساقط من نسخة ((ب)) . / وهو جار ومجرور متعلق بالمصدر (ترك) . أي فكان تركه لها عملا بما هو الأحظ للصبي في ماله .

(١٦) أي في حال ترك شراء السلعة المعروضة اذا كان الحظ في تركها .

(١٧) أي في حال بيع شريك الصبي نصيبه .

(١٨) أي للصبي المولى عليه .

(١٩) وهو الشفعة بسبب بيع شريك الصبي نصيبه . فهو حق قهري لازم على المشتري .

(٢٠) لأن تصرف الولي على الصبي منوط بالمصلحة ، وقد وجدت هنا في الأخذ بالشفعة فوجب عليه .
أي وهذا فارق بين الاصل والفرع يبطل به قياسهم المذكور .

(١) ذلك أن فيما تسقط به الشفعة ثلاثة أقوال عند الشافعية :
الأول : انه على الفور ، وهو الجديد والأصح من قول الشافعي ، وتحمل الفورية على العادة .
الثاني : تبقى ثلاثة أيام .
الثالث : يتأبد فلا يبطل الا بالابطال أو بدلالة الابطال .
أنظر : الوجيز جـ١ ص ٢٢٠ . المنهاج ص ٧٣ ، وزاد في فتح العزيز : جـ١١ ص ٤٩١ قولين آخرين :

وقال أبو حنيفة : له أن يطلب ما دام في المجلس.(٢)

= أحدهما : يمتد حق الشفعة مدة تسع للتأمل .
ثانيهما : يتأبد الى أن يصرح بالابطال .
وبسقوطها اذا لم تطلب على الفور يقول الحنابلة أيضا .
أنظر : شرح المنتهى جـ٢ ص ٤٣٦ . كشاف القناع جـ٤ ص ١٥٦ . وذكر في المغني جـ٥ ص ٢٤١ رواية أخرى أن الشفعة على التراخي . فيبقى حقه فيها مالم تمض مدة يعلم بها انه تارك لها . الا أن ابن حامد قيد المدة بالمجلس كمذهب الحنفية .

(٢) هذا على رواية . والثانية انها على الفور فلو سكت ساعة بطلت ، وقيل : بل حتى لو أخبر بكتاب عن بيع الشريك شقصه ، وكان الخبر في أول الكتاب أو وسطه فاكمل قراءة الكتاب قبل طلب الشفعة بطل حقه فيها . وعلى هذا عامة مشايخ المذهب وهو رواية عن محمد .
واذا طلب الشفعة فليشهد على ذلك لخوف التجاحد بعد ، وليس الاشهاد بشرط فيها .
واعتبار المجلس هو اختيار الكرخي وبعض مشايخ بخارى . والفتوى انها على الفور . أنظر: الهداية جـ٨ ص ٣٠٧ . التبيين جـ٥ ص٢٤٢ . مجمع الأنهر: جـ٢ ص ٤٧٤ .
وذهب المالكية الى أنه اذا كان حاضرا عقد البيع وشهد عليه ، ثم سكت مدة شهرين بعده سقط حقه ، واذا لم يكن حاضرا وعلم بالبيع فاذا مضى عام على البيع ولم يطلب الشفعة فيه ، بطل حقه فيها . فهي على التراخي عندهم . ومحل بطلانها فيه: هو ما اذا لم يكن معذورا في عدم الطلب ، والا بقي حقه الى زوال العذر ويضرب له بعده سنة أو شهرين على التفصيل السابق . كما نص عليه الدسوقي في حاشيته جـ٣ ص ٤٨٥ . =

لنا : قوله صلى الله عليه وسلم (الشفعة لمن واثبها)[٣] وروى أنه قال :
(الشفعة كنشطة العقال فان قيدت والا فاللوم على تاركها)[٤]

= أنظر المسألة فى : الشرح الكبير جـ٣ ص ٤٨٤ . الجواهر جـ٢ ص ١٦٠ . شرح المنح جـ٣ ص ٥٩٨ .

وذهب ابن حزم الى أنه يبقى على شفعته ابدا مالم يصرح بتركها :
أنظر المحلى : جـ١٠ ص ١٦ .

(٣) رواه عبد الرزاق فى مصنفه جـ٨ ص ٨٣ ، باب الشفيع يأذن قبل البيع، وكم وقتها . رقم/ ١٤٤٠٥ عن الحسن بن عمارة عن رجل عن شريح قال : انما الشفعة لمن واثبها ، - ثم قال عبد الرزاق - : وهو قول معمر - أهـ
قال فيه الزيلعى : غريب . . . وكذلك ذكره القاسم بن ثابت السرقسطى فى كتاب غريب الحديث ، فى باب كلام التابعين . أهـ . النصب جـ٤ ص ١٧٦ .
وقال ابن حجر : لم أجده . أهـ أى مرفوعا . الدراية جـ٢ ص ٢٠٣ . رقم/ ٨٩٣
وضعفه ابن حزم فقال : واما الشفعة لمن واثبها ، فما يحضرنا الآن ذكر اسنادها ، الا أنه جملة لا خير فيه . أهـ
ثم رده أيضا من حيث المتن فقال : واما لفظ لمن واثبها ، فهو لفظ فاسد لا يحل أن يضاف مثله الى رسول الله صلى الله عليه وسلم ، لأن قول القائل : لمن واثبها ، موجب ان يلزمه الطلب مع البيع لا بعده ، لأن المواثبة فعل من فاعلين ، فوجب أن يكون طلبه مع البيع لا بعده ، لأن التأنى فى الوثب لا يسمى مواثبة . أهـ . المحلى جـ١٠ ص ١٩ .

(٤) هذا تشبيه للشفعة بالبعير اذا طلق من عقاله ، فى سرعة الفوات ان لم يعقل . أنظر المصباح جـ٢ ص ٢٧٥ .
والحديث رواه ابن ماجة جـ٢ ص ٨٣٥ باب طلب الشفعة ، رقم / ٢٥٠٠ عن ابن عمر مرفوعا : الشفعة كحل العقال . أهـ . وهذا اللفظ تفسير لرواية المؤلف المذكورة .
قال البوصيرى فى الزوائد على ابن ماجه فى نفس الصفحة : فى اسناده محمد =

ولأنه (٥) خيار وضع لدفع الضرر عن المال ، فلم يختص المجلس كالرد بالعيب. (٦)

= ابن عبد الرحمن بن البيلماني ، قال فيه ابن عدى : كل ما يرويه البيلماني ، فالبلاء فيه منه .

واذا روى عنه محمد بن الحارث - كما فى هذا الحديث - فهما ضعيفان .

وقال - أى ابن عدى - : حدث عن أبيه نسخة كلها موضوعة ، لا يجوز الاحتجاج به ، ولا اذكره الا على وجه التعجب . أهـ.

وقال ابن حجر : رواه ابن ماجة والبزار وزاد : ولا شفعة لغائب واسناده ضعيف . أهـ البلوغ ص ١٦٥ وحكم فيه ابن حزم بالوضع ، ثم قال : وابن البيلماني ضعيف مطرح ، ومتفق على تركه . أهـ المحلى جـ١٠ ص ١٩ .

وفى سنده أيضا محمد بن الحارث ، وقد ضعفه البخاري والنسائي وابن معين ،

قال ابن القطان : واعلم أن محمد بن الحارث هذا ضعيف جدا ، وهو أسوأ حالا من ابن البيلماني . أهـ. النصب جـ٤ ص ١٧٧ .

وعقد البيهقي بابا بعنوان : باب رواية الفاظ منكرة يذكرها بعض الفقهاء فى مسائل الشفعة ، وذكر منها هذا الحديث . جـ٦ ص ١٠٨ .

(٥) أى حق الشفعة .

(٦) حيث لا يختص بمجلس العقد ، بل يرد المبيع فور علمه بالعيب .

بجامع ان كلا خيار وضع لدفع الضرر عن المال ، اما الاصل فالرد بالعيب وأما الفرع فالشفعة .

ولما كان حكم الأصل عدم اختصاصه بمجلس العقد ، كان حكم الفرع كذلك فلا يختص حق الشفعة بالمجلس الذى بلغه فيه خبر البيع أيضا لذلك .

ولانه اخر طلبها من غير عذر ، فأشبه اذا قام من المجلس.(٧)

قالوا : طلبها قبل القيام من المجلس واشتغاله بما يقطع حكمه،(٨) فأشبه اذا طلبها على الفور.(٩)

قلنا : هناك لم يؤخر(١٠) الطلب ، وهاهنا(١١) اخر من غير عذر فسقط.(١٢)

---

(٧) أى ولم يطلب الشفعة ، حيث لا يستحقها بعد .
بجامع تأخير الطلب من غير عذر فى كل من الأصل وهو مالو أخر طلب الشفعة حتى قام من المجلس ، والفرع وهو مالو اخر الطلب وان بقى فى المجلس.
ولما كان حكم الاصل بطلان حقه فى الشفعة به ، كان حكم الفرع كذلك فيبطل حقه فى الشفعة وان لم يقم من المجلس أيضا لذلك .

(٨) أى حكم المجلس ، وهو ثبوت طلب الشفعة فيه .

(٩) حيث يثبت حقه فى الشفعة به .
بجامع الطلب قبل القيام من المجلس والانشغال بما يقطع حكمه ، فى كل من الاصل وهو مالو طلبها على الفور ، والفرع وهو مالو طلبها فى المجلس .
ولما كان حكم الاصل ثبوت حقه فى الشفعة به ، كان حكم الفرع كذلك فيثبت حقه فيها بطلبها فى المجلس أيضا لذلك .

(١٠) فى نسخة ((ب)) : لم يوجد ./ وهو تحريف .

(١١) أى طلبه الشفعة فى المجلس.

(١٢) لتفريطه فى المطالبة بحقه .
أى فبين الاصل والفرع فى قياسهم فارق ، فيبطل به قياسهم المذكور.

* مسألة (٢٨١) : اذا اشهد على الشفعة ثم ترك[1] سقطت شفعته[2] . / ١٧٩ ى .
وقال أبو حنيفة : لا يسقط[3] .

---

(١) أى أخر الأخذ بالشفعة بعد الاشهاد من غير عذر ، لأن تركها جملة لا خلاف فى سقوط الشفعة به .

(٢) ومحله بما لم يكن له عذر فى التأخير بعد الاشهاد .
أنظر : الأم جـ٤ ص ٧ . المختصر ص ١٢٠ .

وهو قول المالكية : بلغة السالك جـ٢ ص ٢٣٣ . شرح المنح جـ٣ ص ٦٠٥ ، و ص ٦٠٧ . حاشية الدسوقى جـ٣ ص ٤٨٨ .

(٣) وفاقا لأبى يوسف فى رواية عنه . وقال محمد وزفر : ان تركها بعد الاشهاد شهرا بطل حقه .

وهى الرواية الثانية عن أبى يوسف . وعنه رواية ثالثة ان أخر المطالبة فى مجلس من مجالس القاضى بطلت شفعته . وعن محمد رواية أخرى انه قدرها بثلاثة أيام .

أنظر : الهداية جـ٨ ص ٣١٠ . التبيين جـ٥ ص ٢٤٤ . ونص فى مجمع الأنهر جـ٢ ص ٤٧٥ على أن الفتوى على قول الامام ، وقيل بل على قول محمد فى تحديدها بشهر .

وبعدم سقوطها يقول الحنابلة أيضا : شرح المنتهى جـ٢ ص ٤٣٧ . كشاف القناع جـ٤ ص ١٥٨ . وذكر فى المغنى جـ٥ ص ٢٤٧ عن القاضى رواية أنها تبطل .

وبعدم سقوطها يقول ابن حزم أيضا : المحلى جـ١٠ ص ١٦ .

لنا : انه ترك الطلب من غير عذر ، فأشبه اذا لم يشهد .(٤)

قالوا : قد أثبت حقه ، فلا يسقط بعد ذلك ، كسائر الحقوق .(٥)

قلنا : سائر الحقوق لو تركها(٦) فى الابتداء لم تسقط ، والشفعة تسقط .(٧)

---

(٤) حيث يبطل حقه اذن .

بجامع ترك الطلب من غير عذر فى كل من الأصل وهو مالو لم يشهد ، والفرع وهو مالو اشهد ثم ترك .

ولما كان حكم الاصل بطلان حقه فى الشفعة به ، كان حكم الفرع كذلك فيبطل حقه فيها اذا اشهد ثم ترك أيضا لذلك .

(٥) حيث لا تسقط بعد الاشهاد عليها .

بجامع اثبات الحق بالاشهاد فى كل من الاصل وهو سائر الحقوق ، والفرع وهو الشفعة .

ولما كان حكم الاصل عدم سقوطها بعد الاشهاد عليها ، كان حكم الفرع كذلك فلا يسقط حق الشفعة بعد الاشهاد عليه أيضا لذلك .

(٦) أى أخر طلبها .

(٧) لانها على الفور فتبطل بالتأخير .

وأيضا فان سائر الحقوق تثبت على القاعدة فى رضا الطرفين بها ، واما الشفعة فتثبت على خلاف هذا الاصل اذ للشفيع أخذها قهرا عن المشترى . فافترق الاصل والفرع فى قياسهم المذكور فيبطل .

* مسألة (٢٨٢) : اذا باع شريكان نصيبهما[١] جاز للشفيع أن يأخذ نصيب أحدهما[٢]. /١٧٩ ى.

وقال أبو حنيفة : لا يجوز.[٣]

لنا[٤] : انه اجتمع في أحد شطري العقد اثنان ، فجاز للشفيع أن يأخذ

---

(١) أي في صفقه واحدة ، احترازا عما لو باع كل منهما نصيبه مستقلا عن صاحبه .

(٢) أي في أصح القولين وهو قوله في القديم . فتح العزيز جـ١١ ص ٤٨٨ . المنهاج ص ٧٣ . المختصر ص ١٢١ .

وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى جـ٢ ص ٤٤٠ . كشاف القناع جـ٤ ص ١٦٧ .

وذكر في المغني جـ٥ ص ٢٧٤ في المذهب رواية أخرى أنه لا يملك ذلك .

وبه يقول ابن حزم : المحلى جـ١٠ ص ٣١ .

(٣) الهداية جـ٨ ص ٣٤٥ . التبيين جـ٥ ص ٢٦١ . مجمع الأنهر جـ٢ ص ٤٨٦ .

وقد اجاز زفر أخذ نصيب أحدهما دون الآخر ، كما في حاشية الشلبي جـ٥ ص ٢٦٢ فيما حكاه عنه الحسن بن زياد ، ونص في الدر المنتقى جـ٢ ص ٤٨٦ أيضا على خلاف زفر المذكور .

وبالمنع من التفريق يقول المالكية أيضا في أصح القولين خلافا لاشهب وسحنون واليه رجع ابن القاسم .

أنظر الشرح الكبير جـ٣ ص ٤٨٩ . والتي تليها مع حاشية الدسوقي عليه .

الجواهر جـ٢ ص ١٦٢ . شرح المنح جـ٣ ص ٦٠٧ .

(٤) في نسخة ((ب)) : لنا : هو اجتمع .. الخ . / فسقطت كلمة (انه) وزيدت كلمة (هو) فيها .

حصة احدهما ، كما لو كان البائع واحدا والمشترى اثنين (٥) ، ولأنه (٦) يجوز رد نصيب أحدهما بالعيب (٧) ، فجاز افراده بالأخذ كما لو كانا (٨) فى صفقتين (٩) .

قالوا : تبعيض الصفقة على المشترى فى الأخذ بالشفعة ، فأشبه اذا كان البائع (١٠) واحدا والمشترى واحدا (١١) .

---

(٥) حيث يجوز للشفيع أن يأخذ شقص أحدهما دون الآخر .
بجامع أنه قد اجتمع فى أحد شطرى العقد اثنان ، فى كل من الاصل وهو مالو كان البائع واحدا والمشترى اثنان ، والفرع وهو مالو كان البائع اثنان والمشترى واحد ولما كان حكم الاصل جواز أن يبيع البائع المبيع لأحدهما دون الآخر ، كان حكم الفرع كذلك ، فيجوز للشفيع أن يأخذ نصيب أحد البائعين دون الآخر أيضا لذلك .

(٦) فى نسخة ((ب)) فلأنه ./ وهو تحريف .

(٧) أى فيما اذا ظهر الشفيع على عيب فى شقص أحدهما بعد البيع .

(٨) أى الشقصين المشفوع فيهما .

(٩) حيث يجوز الأخذ باحداهما دون الأخرى .
بجامع جواز رد نصيب احدهما بالعيب فى كل من الاصل وهو مالو باع الشريكان نصيبهما فى صفقتين ، والفرع وهو مالو باعاه بصفقة واحدة .
ولما كان حكم الاصل جواز أخذ احد النصيبين بالشفعة دون الآخر كان حكم الفرع كذلك فيجوز أخذ نصيب أحد الشريكين أيضا لذلك .

(١٠) فى نسخة ((ب)) : البيع ./ وهو تحريف .

(١١) حيث لا يجوز تفريق الصفقة عليه ، لما يلحقه به من الضرر .
بجامع تبعيض الصفقة فى كل من الاصل وهو مالو كان بائع الشقص واحدا والمشترى واحدا . والفرع وهو مالو كان بائعه اثنان والمشترى واحدا .
ولما كان حكم الاصل عدم الجواز فيه ، كان حكم الفرع كذلك فلا يجوز أخذ نصيب أحد الشريكين دون الآخر أيضا لذلك .

قلنا : ليس بتبعيض للصفقة ، فانهما صفقتان(١٢) عندنا(١٣) .

* مسألة (٢٨٣) : ليس لرب المال الأخذ بالشفعة من المضارب(١) ./١٧٩ى .

وقال أبو حنيفة : له ذلك(٢) .

---

(١٢) أى بمنزلة صفقتين ، واذ هما كذلك فللشفيع أخذهما معا أو أخذ احداهما دون الاخرى .

(١٣) أى اعتبارا بتعدد البائعين ، فتتعدد الصفقة بتعددهما . وهذا نص الشافعى فى القديم ، وهو الأصح .
والثانى : وهو نصه فى الجديد انه لا يجوز أخذ حصة أحد الشريكين بالشفعة لان المشترى ملك الكل بصفقة واحدة فلا يفرق ملكه عليه .
أنظر : فتح العزيز جـ١١ ص ٤٨٨ .

(١) وصورته : كما فى كشاف القناع جـ٤ ص ١٨٤ : أن يكون لرب المال شقص فى دار فيشترى المضارب من مال المضاربة بقيتها ، فلا شفعة لرب المال على المضارب فيها ، لأن الملك لرب المال ، فلا يستحق الشفعة على نفسه .
أنظر المسألة فى :

وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى جـ٢ ص ٤٤٩ . كشاف القناع جـ٤ ص ١٨٤ .
وذكر فى المغنى جـ٥ ص ٢٥٥ وجها آخر بجواز ذلك .

(٢) مجمع الأنهر جـ٢ ص ٤٨٤ . والدر المنتقى نفس الصفحة . المبسوط : جـ١٤ ص ١٥٦ .
ولم أقف على قول ابن حزم فى هذه المسألة وكذا المالكية .

لنا : هو أن الملك له (٣) ، فلا يأخذه بالشفعة ، كما لو اشتراه وكيله (٤) ،
ولانه لو باع (٥) لم يأخذ منه رب المال بالشفعة ، فاذا اشترى لم يأخذ .
قالوا : له (٦) حق في المال فأشبه المكاتب . (٧)
قلنا : المكاتب يتصرف لنفسه ، ولهذا لا يملك (٨) نزع المال من يده (٩) ،
وهذا يتصرف (١٠) لرب المال فهو كالوكيل . (١١)

---

(٣) أي لرب المال .
(٤) حيث لو كان الموكل شريكا في دار ، فاشترى وكيله شقصا منها ، فانه لا يثبت للموكل حق الاخذ بالشفعة فيها ، لأن الشخص لا تثبت له الشفعة في مال نفسه .
بجامع أن الملك له في كل من الأصل وهو مالو اشتراه الوكيل ، والفرع وهو مالو اشتراه المضارب .
ولما كان حكم الاصل عدم جواز أخذ الموكل بالشفعة فيما اشتراه الوكيل ، كان حكم الفرع كذلك فلا يأخذ رب المال بالشفعة فيما اشتراه المضارب أيضا لذلك .
(٥) أي المضارب .
(٦) أي للمضارب .
(٧) حيث لو كان السيد شريكا في دار ، واشترى المكاتب نصيب أحد الشركاء فيها ، فان للسيد الأخذ بالشفعة في الشقص الذي اشتراه المكاتب .
بجامع أن لكل حق في المال ، اما الاصل فالمكاتب ، واما الفرع فالمضارب .
ولما كان حكم الاصل ثبوت حق الشفعة لسيده في ماله ، كان حكم الفرع كذلك فيثبت لرب المال حق الشفعة في مال المضارب أيضا لذلك .
(٨) أي السيد .
(٩) سقط قوله (يده) وواو العطف من نسخة ((ب)) .
(١٠) أي عامل المضاربة .
(١١) سقط قوله (كالوكيل) من نسخة ((ب)) .
والجامع في القياس المذكور هو التصرف لرب المال في كل من الاصل وهو =

* مسألة (٢٨٤) : لا يأخذ العامل من رب المال بالشفعة.[١] / ١٧٩ش.

وقال أبو حنيفة : يأخذ.[٢]

لنا : هو انه يتصرف له،[٣] فأشبه الوكيل.[٤]

= الوكيل ، والفرع وهو المضارب.

ولماكان حكم الاصل عدم ثبوت حق الشفعة للموكل فى مال الوكيل ، كان حكم الفرع كذلك فلا يثبت لرب المال حق الشفعة فى مال المضارب أيضا لذلك.

والمقصود: اثبات ان بين الاصل والفرع فارقا ، فيبطل به قياسهم المذكور.

(١) وصورة ذلك : كما فى كشاف القناع جـ٤ ص ١٨٤ : أن يكون لرب المال شقص فى دار ، فيشترى المضارب من مال المضاربة بقيتها ، لأن الملك لرب المال ، فلا يستحق الشفعة على نفسه.

ومحل عدم ثبوت الشفعة له عليه ، هو ما اذا ظهر للمضارب ربح ، لانه يصير له بالربح جزء من مال المضاربة ، فلا تثبت على نفسه.

انظر المسألة فى :

وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى جـ٢ ص ٤٤٩. كشاف القناع جـ٤ ص ١٨٤.

وذكر فى المغنى جـ٥ ص ٢٥٥ ، وجها آخر انه يأخذ بالشفعة.

(٢) مجمع الأنهر جـ٢ ص ٤٨٤. المبسوط جـ ١٤ ص ١٥٦.

ولم أقف على قول ابن حزم فى هذه المسألة وكذا المالكية.

(٣) أى لرب مال المضاربة. أى فلم يجز له الأخذ بالشفعة لنفسه.

(٤) أى وكيل رب المال ، حيث لو اشترى بمال موكله بقية دار للموكل فيها شقص ، فلا يثبت للوكيل فيها حق الشفعة لأن الملك لرب المال ، فلا يستحق الشفعة على نفسه.

بجامع ان التصرف لرب المال ، فى كل من الاصل وهو الوكيل والفرع وهو المضارب. =

قالوا : للعامل حـــق (٥) ، فأشبه الأجنبى (٦) .

قلنا : المرتهن (٧) والمستأجر لهما حق (٨) ولا يملكان بذلك شفعة (٩) .

= ولما كان حكم الاصل عدم ثبوت حق الشفعة للوكيل فى مال الموكل ، كان حكم الفرع كذلك فلا يثبت للمضارب حق الشفعة فى مال رب المـــال أيضا لذلك .

(٥) أى فيما ينض من مال المضاربة ، وهو الربح ، فكان كالمالك فى حق الشفعة .

(٦) أى عن مال المضاربة ، حيث يثبت للعامل حق الشفعة ، اذا كـــان شريكا مع الأجنبي عن مال المضاربة ، فى الشقص المشفوع فيه .

بجامع ان للعامل حقا فيه ، اما الاصل فهو شقص الأجنبي عن مـــال المضاربة اذا كان شريكا مع المضارب فى الشقص ، واما الفرع فهـــو مال المضاربة .

ولما كان حكم الاصل انه يثبت للمضارب حق الشفعة فى شقص الأجنبـــى عن مال المضاربة ، اذا كان شريكا فى العقار ، كان حكم الفرع كذلك فيثبت للمضارب حق الشفعة فى مال المضاربة أيضا لذلك .

(٧) [illegible]

له [illegible]

(٨) أى فى المال المرهون والمستأجر . وذلك الى استيفاء الدين فـــى الأول والمنفعة المعقود عليها فى الثانى .

(٩) أى فيما لو باع المرتهن العين المرهونة للوفاء من ثمنها ، وفيما لو بـــاع المؤجر العين المؤجرة ، أى مع أن لهما حقا فيها ، أى وبه يبطـــل اعتبار حق العامل فى مال المضاربة علة فى ثبوت حق الشفعة له فيه ، لعدم اضطرادها فى المستأجر والمرتهن .

* مسألة (٢٨٥) : ليس للشفيع أن يأخذ الشقص[١] من يد البائع بل يجبر[٢] المشتري على القبض، ثم يأخذ[٣] منه[٤] ٠/١٧٩ ش.

وقال أبو حنيفة : يجوز أن يأخذ[٥] من يد البائع[٦] .

لنا : هو ان الشفعة تستحق على المشترى ، والدليل عليه : انه حق ثبت لغير المتبايعين[٧] شرعا بعد البيع ، فوجب أن يكون مستحقا على المشترى ،

---

(١) فى الاصل (الشفعة) : وهو تحريف من الناسخ .

(٢) أى يجبره الحاكم ، وذلك فى حال امتناعه عن قبض الشقص بقصد منع الشفيع من الوصول اليه .

(٣) أى ثم يأخذ الشفيع الشقص من المشترى .

(٤) أنظر المسألة فى : فتح العزيز جـ١١ ص ٤٤٤ . القليوبى جـ٣ ص ٤٥ . وذكر المصنف فى المهذب جـ١ ص ٣٨٢ وجها آخر انه يجوز له أخذه من البائع وهو اختيار ابن سريج كما فى المجموع جـ١٣ ص ٤٠٧ وبعدم الجواز يقول الحنابلة : شرح المنتهى جـ٢ ص ٤٤٨ . كشاف القناع : جـ٤ ص ١٨٢ . وهو الرواية الثانية ذكرها فى المغنى جـ٥ ص ٢٣٩ عن القاضى ، الا أن قياس المذهب جواز أخذ الشقص من البائع ، كما ذكر ذلك ابن قدامة وفاقا لأبى حنيفة .

(٥) فى نسخة ((ب)) : يأخذه .

(٦) ومحل جوازه: هو ما اذا كان المبيع فى يد البائع.
الهداية جـ٨ ص ٣١٢ . التبيين جـ٥ ص ٢٤٥ . مجمع الأنهر جـ٢ ص ٤٧٦ .
ولم أقف على قول ابن حزم فى هذه المسألة وكذا المالكية .

(٧) وهو الشفيع .

كمتق الولد (٨)، واذا ثبت هذا لم يجز أن يؤخذ من يد البائع ، لانه يفوت التسليم المستحق (٩) فيبطل البيع (١٠) وتبطل الشفعة (١١).

قالوا : الشفعة تثبت برغبة البائع عن الشقص ، لا بملك المشترى ، والدليل عليه : أنه لو أنكر المشترى الشراء (١٢) أو أقاله (١٣) البائع ثبتت الشفعة ، وان لم يوجد الملك ، وهذه الرغبة موجودة قبل القبض (١٤).

قلنا : بل تثبت (١٥) بملك (١٦) المشترى ، بدليل انه لو قال : بعتك ولم يقبل لم تثبت. وأما اذا أنكر فان عند (١٧) أبى العباس (١٨) لا تثبت الشفعة ،

---

(٨) أى فيما اذا اعتق السيد الام وهى حامل ، فولدت ، فان الولد يكون حرا تبعا لامه .

(٩) أى تسليم الشقص ، المبيع للمشترى .

(١٠) لانعدام القبض فيه .

(١١) لأن البيع سببها ، فاذا بطل البيع وهو السبب ، بطلت الشفعة لانها مسببة عنه .

(١٢) بان قال : لم اتملك هذا الشقص بالشراء بل بالارث .

(١٣) فى الاصل : اذا قاله . / وهو تحريف .

(١٤) أى قبل قبض المشترى للشقص من البائع .

(١٥) فى نسخة ((ب)) : ثبت .

(١٦) فى الاصل (لملك) وهو تحريف .

(١٧) فى نسخة ((ب)) : فعند .

(١٨) هو ابن سريج ، أنظر ترجمته فى المسألة رقم (١٠٣) هامش (٥٢) .

وخرج المزني (١٩) انها تثبت (٢٠) لان ملك المشترى ثبت باقراره، (٢١) واذا أقاله (٢٢) فسخ الشفيع الاقالة، (٢٣) واعاد المبيع الى ملك المشترى، (٢٤) وهاهنا (٢٥) اذا قبض (٢٦) من البائع انفسخ البيع، (٢٧) فيزول سبب الشفعة (٢٨) ولا يجوز أخذ الشفعة مع زوال السبب. (٢٩)

---

(١٩) هو اسماعيل بن يحيى المزني المصري، أبو ابراهيم، كان معظما بين أصحاب الشافعي ورعا زاهدا، قال فيه الشافعي: لو ناظر الشيطان لغلبه. أهـ. صنف في المذهب الشافعي كتبا، منها: المبسوط، والمختصر، والمنثور، والوسائل، والوثائق، ثم أصبح مستقل المذهب، فصنف كتابا مفردا على مذهبه هو، لا على مذهب الشافعي، توفي سنة أربع وستين ومائتين، وصلى عليه الربيع المرادي ودفن بالقرافة بقرب قبر الشافعي. أنظر طبقات ابن هداية الله ص٢٠.

(٢٠) أنظر فتح العزيز جـ١١ ص٤٧٤.

(٢١) أي بأنه ملكه بوجه آخر غير البيع. فالمقصود لثبوت الشفعة حصول الملك وقد أقر به.

(٢٢) في الاصل (واذا قاله) بدون همزة الاقالة./ وفاعل الاقالة هو البائع والضمير للمشترى.

(٢٣) لأن الشفعة قد ثبتت له بعقد البيع، فلا تسقط بالاقالة منه.

(٢٤) ليتمكن من الأخذ بالشفعة.

(٢٥) أي في حال قبض الشفيع من البائع.

(٢٦) أي الشفيع.

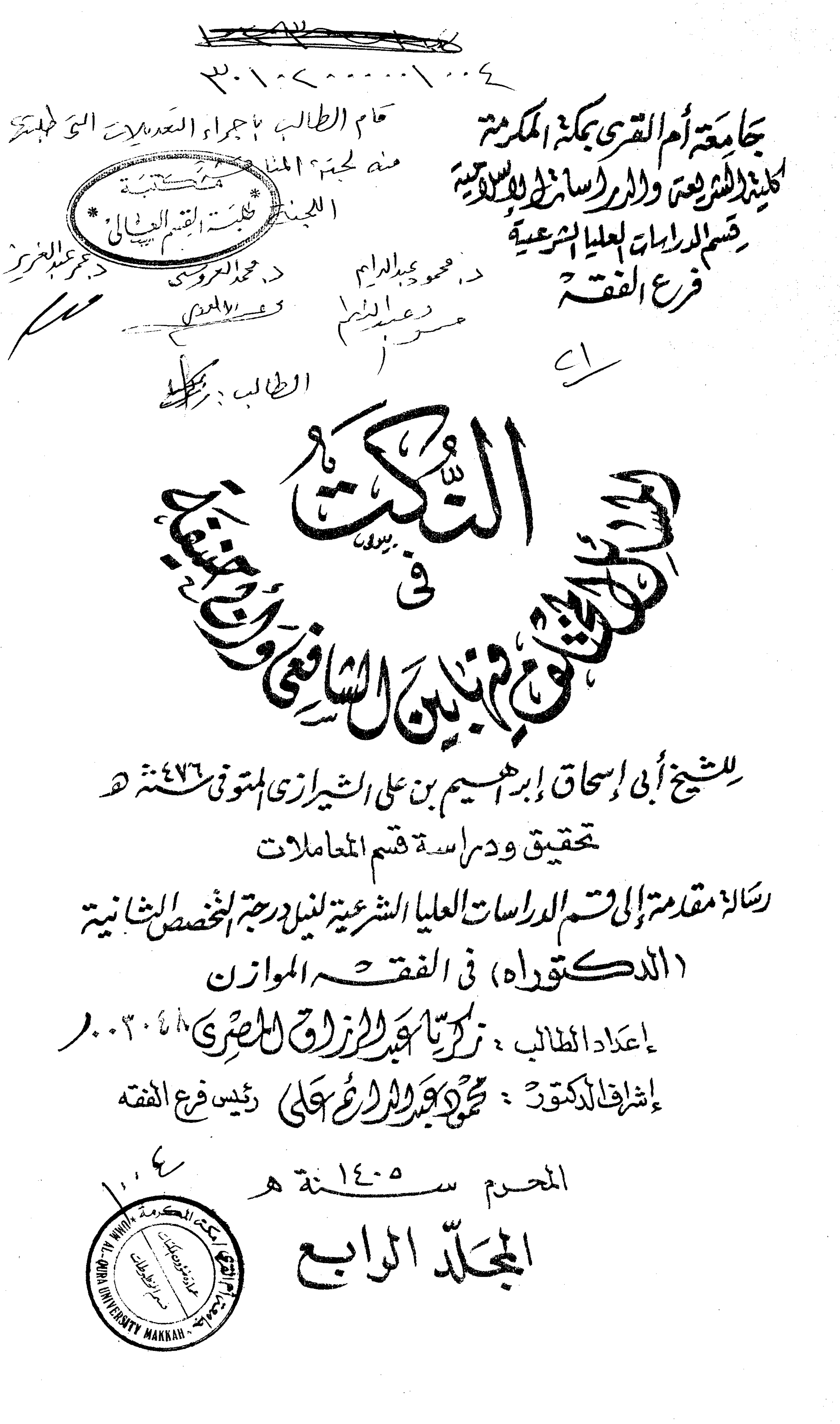
(٢٧) لعدم وجود القبض من المشترى للشقص المبيع. أنظر القليوبي جـ٣ ص٤٠.

(٢٨) وهو عقد البيع، لانفساخه بعدم القبض.

(٢٩) لانها تستحق على المشترى قهرا عنه، فلا تثبت للشفيع من غير عقد شرعي صحيح.

انتهى المجلد الثالث ويليه الرابع وأوله :

* كتاب احياء الموات *



جامعة أم القرى بمكة المكرمة
كلية الشريعة والدراسات الإسلامية
قسم الدراسات العليا الشرعية
فرع الفقه

قام الطالب بإجراء التعديلات التي طلبت منه لجنة المناقشة
اللجنة
د. عمر عبد العزيز — د. محمد العروسي — د. محمود عبد الدائم
الطالب: زكريا

النكت في المسائل المختلف فيها بين الشافعي وأبي حنيفة

للشيخ أبي إسحاق إبراهيم بن علي الشيرازي المتوفى سنة ٤٧٦ هـ

تحقيق ودراسة قسم المعاملات

رسالة مقدمة إلى قسم الدراسات العليا الشرعية لنيل درجة التخصص الثانية (الدكتوراه) في الفقه المقارن

إعداد الطالب: زكريا عبد الرزاق المصري

إشراف الدكتور: محمود عبد الدائم علي رئيس فرع الفقه

المحرم سنة ١٤٠٥ هـ

المجلد الرابع

" كتـــاب احياء المـــوات " (*)

=====

* مسألة (٢٨٦) : ماباد (١) أهله لا يجوز احياؤه.(٢) / ١٧٩ش.

(*) زاد في نسخة ((ب)) بسم الله الرحمن الرحيم. / بعد قوله : كتـــاب احياء الموات.

والموات هو الارض التي لا ماء لها ولا ينتفع بها أحد ، كما قال الرافعـــي في الشرح الصغير.

وقال الروياني والماوردي : حد الموات عند الشافعي مالم يكن عامرا ولا حريما لعامر، قرب من العامر أو بعد . أنظر مغني المحتاج جـ٢ ص ٣٦١.

وعرفه في الأم جـ٤ ص ٤١ بأنه : مالم يملكه أحد في الاسلام بعرف ولا عمارة، ملك في الجاهلية أو لم يملك .أهـ .

فقد جعل الشافعي الموات قسمين : الأول : موات قد كان عامـــرا لأهل معروفين في الاسلام ، ثم ذهبت عمارته ، فصار مواتا لاعمارة فيـــه ، فذلك لاهله ، كالعامر ، لا يملكه أحد أبدا الا عن أهله ، وكذلك مرافقـــه وطريقه وافنيته ، ومسايل مائه ومشاربه .

والقسم الثاني : هو المذكور قبله ، وعليه حمل حديث : من احيا مواتـــا فهو له .

وذكره عنه أيضا في المختصر ص ١٣٠.

وقال ابن قدامة : الموات هو الأرض الخراب الدارسة تسمى ميتة ومواتا . أهـ المغني جـ٥ ص ٤١٦.

وفي الاصطلاح : الموات هو الارض المنفكة عن الاختصاصات وملك معصوم .أهـ شرح المنتهى جـ٢ ص ٤٥٩.

واحياء الارض عمارتها ، وشبهت عمارتها باحياء الموتى لما فيها مـــن احداث منفعة بأمر جائز ، كما افاده القليوبي جـ٣ ص ٨٧.

والاعتبار في الاحياء بالعرف ، فيكون احياء كل شئ بحسبه . =

....

= فاذا قصد المسكن فلا يملك الا بالتحويط وتعليق الباب وتسقيف البعض ، اذ به يصير مسكنا .

واذا قصد جعلها زريبة للحيوان فلا يحتاج الى تسقيف لاحيائها .

ويكون احياء الارض فى جعلها بستانا بتحويطها وتعليق الباب بالاضافة الى حفر الانهار وسوق الماء اليها .

ويكون احياؤها فى جعلها مزرعة بجمع التراب حولها وتسوية الأرض وسوق الماء اليها . والاظهر انه يحتاج الى الزرع ، وفيه وجه انه لا يحتاج كما لا يحتاج الى السكون فى الدار . أنظر الوجيز جـ١ ص ٢٤٤ .

واحياء الموات مشروع بالسنة والاجماع .

اما السنة،فما رواه البخارى جـ٢ ص ٤٨ باب من احيا أرضا مواتا .

عن عائشة مرفوعا : من أعمر أرضا ليست لاحد فهو أحق .اهـ

وروى الترمذى جـ٣ ص ٦٦٢ فى كتاب الاحكام باب ماذكر فى احياء أرض الموات

عن سعيد بن زيد مرفوعا : من أحيا أرضا ميتة فهى له ، وليس لعرق ظالم حق .أهـ . رقم / ١٣٧٨ .

ثم قال : هذا حديث حسن غريب . أهـ. الى غير ذلك من الأحاديث .

وقد اجمع الفقهاء على أن الموات يملك بالاحياء ، وان اختلفوا فى شروطه ، أنظر المغنى جـه ص ٤١٦ . رحمة الأمة ص ١٨١ .

(١) أى هلك ، تقول : باد يبيد بيدا ، وبابه باع وجلس.أنظر المختار ص ٧٠ .
والمراد:ماباد أهله المالكون له فانه لا يصير كالموات ، فلا يجوز احياؤه بل يعود لبيت المال .
سواء آل اليهم بالتملك عن طريق الشراء أو الهبة أو الارث ونحو ذلك .
أو دخل فى ملكهم عن طريق الاحياء له .

(٢) المختصر ص ١٣٠ . الأم جـ٤ ص ٤١ . المنهاج ص ٧٨ .
وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى جـ٢ ص ٤٥٩ . كشاف القناع جـ٤ ص ٢٠٦ . =

وقال أبو حنيفة : يجـــوز.(٣)

لنا : هو انه(٤) ارض جرى عليها ملك من له حرمة ،(٥) فأشبه اذا بقـــى

= وذكر فى المغنى جـ٥ ص ٤١٧ رواية أخرى بعدم جواز ذلك . وزاد فـــى المحرر جـ١ ص ٣٦٧ رواية ثالثة انه يملك مع الشك فى عصمة السابق دون التيقن .

وفرق المالكية بين ما آل اليهم بالملك فلا يجوز احياؤه اذا باد أهلـــه أصلا ،

وبين ما اذا تملكوه بالاحياء ففيه قولان :

الأول وبه قال سحنون : لا يجوز تملكه بحال أيضا .

والثانى : فصل بين ما اذا طال زمان اندراسه فيجوز تملكه والا فلا يجوز، وهو قول ابن القاسم .

أنظر : حاشية الدسوقى جـ٤ ص ٦٦ . الجواهر جـ٢ ص ٢٠٢ . زاد فى شرح المنح جـ٤ ص ١٣ قولا ثالثا بالتفريق بين ما اذا كان الملك قريبـا من العمران فلا يجوز احياؤه لغير صاحبه الأول .

وبعدم جواز احياء ما جرى عليه الملك باحياء أو بغيره مطلقا ، يقـــول ابن حزم أيضا ، المحلى جـ٩ ص ٩١ .

(٣) خلافا لمحمد حيث ذهب الى عدم جواز احيائه اذا كان يملكه مســـلم أو ذمى .

أنظر : الهداية : جـ٩ ص ٢ والتى تليها . التبيين جـ٦ ص ٣٥ . مجمع الأنهر جـ٢ ص ٥٥٧ .

(٤) فى نسخة ((ب)) : هو انها .

(٥) وهو المسلم سواء تملكها باحياء أو بغيره كهبة وارث وشراء ونحو ذلك ، وكذا الذمى ان تملكها بغير الاحياء ، واما به ففى جواز تملكه بالاحياء خلاف سيأتى فى المسألة رقم (٢٨٨) .

المالك (٦) أو مباح ملك بالعمل ، فلا يتبنى الملك فيه بذلك العمل ، كالصيد (٧) .

قالوا : موات لا يعرف مالكه ، فأشبه اذا لم يملك ، ومابار أهله في دار الحرب (٨) .

قلنا : بل يعرف مالكه وهم المسلمون (٩) ، ومالم يملك لا حق لأحد فيه (١٠) ،

---

(٦) حيث لا يجوز تملك ملكه فى حال بقاء المالك قطعا .
بجامع ان كلا أرض جرى عليها ملك من له حرمة ، أما الاصل فهو مالو بقى المالك ، واما الفرع فهو مالو باد المالك .
ولما كان حكم الاصل عدم جواز تملكه ، كان حكم الفرع كذلك فلا يتملك ما باد أهله أيضا لذلك .

(٧) حيث لا يجوز تملكه على من صاده بغير مقابل أو رضاه .
بجامع ان كلا مباح ملك بالعمل ، اما الاصل فالصيد واما الفرع فالملك اذا باد أهله .
ولما كان حكم الاصل عدم جواز تملكه لغير صاحبه ، كان حكم الفرع كذلك فلا يجوز تملك ما باد أهله عنه أيضا لذلك .

(٨) والمراد بأهله أى الحربيون .
حيث يجوز تملكه فيهما لمن احياه .
بجامع ان كلا موات لا يعرف مالكه ، اما الاصل فما لو لم يملك أو باد أهله فى دار الحرب .
واما الفرع وهو مالو باد أهل الملك فى دار الاسلام .
ولما كان حكم الاصل جواز تملكه ، كان حكم الفرع كذلك ، فيجوز تملك ما باد أهله أيضا لذلك .

(٩) أى وماعرف مالكه فلا يجوز أن يتملك وان اندرس أو هلك مالكه .

(١٠) أى فيجوز تملكه ، بخلاف ما جرى عليه الملك ثم هلك المالك . فبطل قياسهم ما باد أهله على مالم يملك أصلا للفارق المذكور .

فهو كالصيد المباح [(١١)] وهـذا [(١٢)] صار للمسلمين [(١٣)] بموت أهله [(١٤)]، فهو كالصـيد المملوك [(١٥)]، وماباد أهله فى دار الحرب غير مسلم [(١٦)] فى أصح الوجهـين [(١٧)]،

---

(١١) حيث يجوز تملكه لكل أحد .
بجامع عدم تعلق حق الغير فيه ، فى كل من الاصل وهو الصيد المبـاح والفرع وهو الموات اذا لم يجر عليه ملك لأحد .
ولما كان حكم الاصل جواز تملكه ، كان حكم الفرع كذلك فيجوز تملك الموات أيضا لذلك .

(١٢) أى ماباد أهله من الاملاك .

(١٣) أى لبيت مالهم .

(١٤) أى وعدم وجود وارث لهم أصلا لهلاكهم جملة أو ضياعهم عنه .

(١٥) حيث لا يجوز لأحد تملكه دون صاحبه .
بجامع تعلق حق صاحبه به فى كل من الاصل وهو الصيد المملوك، والفرع وهو ماعرف مالكه من الاملاك .
ولما كان حكم الاصل عدم جواز تملك الغير له ، كان حكم الفرع كذلك فـلا يجوز تملك ماباد أهله أيضا لذلك .

(١٦) أى فلا يزول ملك صاحبه عنه ، ولا يجوز للغير تملكه ، بل يعـود لبيت المال .

(١٧) وجعلهما فى المنهاج ص ٧٨ قولين للامام الشافعى فعبر عنه بقوله : وان كانت - أى الارض - جاهلية ،فالأظهر انه يملك بالاحياء . أ هـ.
وقيل هما وجهان للاصحاب .
أنظر مغنى المحتاج جـ٢ ص ٣٦٢ .

وان سـلم[١٨] فلأن مال الحربى يؤخذ بغير اختياره ، ومال المسلم لا يؤخذ بغير اختياره[١٩] ، ولهذا لو وجد[٢٠] مالا فى دار الحرب ، كان غنيمة[٢١] ، ولو وجد فى دار الاسلام كان لقطة.[٢٢]

* مسألة (٢٨٧) : يجوز احياء الموات بغير اذن الامام[١] . / ١٧٩ ش.

---

(١٨) أى بزوال ملك صاحبه عنه اذا باد أهله . أى فيجوز للغير تملكه .

(١٩) لما تواتر فى الشرع من تحريم مال المسلم على المسلم الا برضاه .
أى وهذا فارق بين ماباد أهله فى دار الاسلام وماباد أهله فى دار الحرب ، وبه يبطل قياسهم المذكور.

(٢٠) أى المسلم .

(٢١) فيتملكه من حينه .

(٢٢) فلا يحل له تملكه حتى يعرفه عاما ، على ماسيأتى تفصيله فى اللقطة ان شاء الله تعالى .

(١) أى لا يجب استئذانه ، لكنه يستحب خروجا من الخلاف .
كما أشار الى ذلك فى مغنى المحتاج جـ٢ ص ٣٦١ .
أنظر: المختصر ص ١٣٠ . الأم جـ٤ ص ٤١ . المنهاج ص ٧٩ .
وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى جـ٢ ص ٤٦٠ . كشاف القناع جـ٤ ص ٢٠٧ .
المغنى جـ٥ ص ٤٤١ .
واليه ذهب ابن حزم : المحلى جـ٩ ص ٩١ .

وقال أبو حنيفة : لا يجوز.(٢)

لنا : ماروى سعيد بن زيد (٣) أن النبي صلى الله عليه وسلم قال :

(من احيا ارضا ميتة فهى له)(٤). ولانه مباح فلا يفتقر تملكه الى اذن الامام،

---

(٢) خلافا للصاحبين.
أنظر: الهداية جـ٩ ص ٣. التبيين جـ٦ ص ٣٥. مجمع الأنهر جـ٢ص٥٥٨.
وبعدم الجواز يقول المالكية أيضا ، لكن محله عندهم،هو ماذا كان الموات قريبا من البلد فان لم يستأذن فللامام امضاؤه أو جعل محييه متعديا فيعطيه قيمة بنائه أو غرسه منقوضا ويضمه لبيت المال . والا بان كان بعيدا فله احياؤه من غير اذن الامام .
أنظر : الشرح الكبير جـ٤ ص ٦٩ . الجواهر جـ٢ ص ٢٠٢. شرح المنح : جـ٤ ص ١٧.

(٣) هو سعيد بن زيد بن عمرو بن نفيل بن عبد العزى العدوى ، أحد العشرة المشهود لهم بالجنة ، كان من السابقين فى الاسلام ، اسلم قبل دخول النبي صلى الله عليه وسلم دار الأرقم بن أبى الارقم ، وهاجر ، وشهد أحدا ومابعدها ، ولم يشهد بدرا لانه لم يكن بالمدينة. أسلم قبل عمر ، وكان اسلام عمر فى بيته ، لانه كان زوج اخته فاطمة بنت الخطاب.
كان مجاب الدعوة ، توفى بالمدينة سنة خمسين وقيل احدى وخمسين .
أنظر الاصابة جـ٢ ص ٤٦ رقم / ٣٢٦١.

(٤) رواه أبو داود جـ٣ ص ١٧٨ كتاب الخراج والامارة والفئ. باب فى احياء الموات ، رقم / ٣٠٧٣ عن هشام بن عروة عن أبيه عن سعيد بن زيد مرفوعا : من احيا أرضا ميتة فهى له ، وليس لعرق ظالم حق . أهـ. وسكت عنه .
ورواه الترمذى جـ٣ ص ٦٦٢ كتاب الأحكام ، باب ماجاء فى احياء ارض الموات، رقم / ١٣٧٨ ثم قال : هذا حديث حسن غريب . وقد رواه بعضهم عن هشام بن عروة عن أبيه عن النبي صلى الله عليه وسلم مرسلا . أهـ. =

كالصيد،[٥] والدليل على الوصف[٦] انه يجوز أخذ اجزائه،[٧] ولو لم يكن مباحـــا ، لم يجز ،[٨] ولانه[٩] سبب من أسباب التملك ،[١٠] فلا يفتقر الى اذن الامام ،كالبيع والهبة والاصطياد ،[١١] ولا يلزم عليه أخذ مال بيت المال ،[١٢] لأن الأخـــذ

= عقب ابن حجر على ذلك بقوله : وهو كما قال - أى من انه مرسل - واختلف فى صحابيه فقيل: جابر وقيل: عائشة وقيل: عبد الله بن عمر ، والراجح: الأول .أهـ بلوغ المرام ص ١٦٨ رقم / ٧٧٥ .

(٥) حيث يجوز تملكه بدون اذن الامام .
بجامع انه مباح فى كل من الاصل وهو الصيد ، والفرع وهو الموات .
ولما كان حكم الاصل جواز تملكه بغير اذن الامام ، كان حكم الفـــرع كذلك فيجوز تملكه بغير اذن الامام أيضا لذلك .

(٦) وهو أن احياء الموات مباح .

(٧) كالتراب والحجارة ونحو ذلك من أرض الموات .

(٨) لأنه اذا حرم الكل حرم الجزء .

(٩) أى الاحياء .

(١٠) فى نسخة ((ب)) : التمليك .

(١١) حيث لا يفتقر شئ من هذه الى اذن الامام لتملكه .
بجامع ان كلا سبب من أسباب التملك ، اما الاصل فالبيع والهبة والاصطياد ، واما الفرع فهو احياء الموات.
ولما كان حكم الاصل جواز التملك به من غير اذن الامام ، كان حكم الفـرع كذلك فيجوز احياء الموات من غير اذنه أيضا لذلك .

(١٢) حيث لا يجوز اخذه الا باذن الامام ، مع كونه ليس له مالكا معينا .

ليس بسبب التملك[١٣]، بل هو مملوك قبل الأخذ[١٤]، وانما الأخذ تعيين لما تملكه.[١٥] وان سلم انه[١٦] سبب[١٧] فلا يفتقر الأخذ الى الاذن وانما يفتقر الى الدفع[١٨] كالايجاب لقبول البيع، لا يفتقر الى الاذن فيه.[١٩]

احتجوا: بقوله صلى الله عليه وسلم (ليس لكم[٢٠] الا ماطابت به نفس امامكم)[٢١]

---

(١٣) فى نسخة ((ب)): للتمليك.

(١٤) لأن مافى بيت المال ملك لجميع المسلمين وان لم يكن على التعيين. بدليل انه اذا سرق من بيت المال لا يقطع لشبهة انه له نصيب فيه.

(١٥) أى من مال بيت المال. أى فاحتاج الى الاذن من الامام. لأن صرف المال منه الى مستحقيه يحتاج الى اجتهاد لمعرفة من أى المستحقين يكون هذا الأخذ وكم يستحق.

(١٦) أى الأخذ من بيت المال.

(١٧) أى للتملك من بيت المال.

(١٨) أى من القيم على بيت المال. أى الى الاقباض منه.

(١٩) أى فى القبول، أى من البائع، وانما يفتقر الى تسليم المبيع من البائع بعد قبول المشترى.

(٢٠) كذا فى نسخة ((ب)) وفى الاصل، الا أنه ضرب عليها فى الأصل، وكتب بالهامش عبارة (للمرء) أى بدلا من لكم. والصواب ماأثبتناه، لكونه متفقا مع قوله (امامكم) والا لقال (امامه) بصيغة الافراد كما ستراه فى الهامش الآتى.

(٢١) رواه الطبرانى فى معجمه الكبير والوسط، بسنده عن مكحول عن جنادة ابن أبى أمية، قال: نزلنا دابق، وعلينا أبو عبيدة بن الجراح، فبلغ حبيب بن مسلمة ان بنه (فى الهامش ان ابن) صاحب قبرص، خرج يريد بطريق اذربيجان ومعه زمرد وياقوت، ولؤلؤ وغيرهما، فقال له حبيب بن مسلمة، =

قلنا : الرسول صلى الله عليه وسلم امام الخلق ، ولهذا يقال فيه امام المتقين ، وقد طابت به نفسه فيما رويناه (٢٢) ، ثم هو عام (٢٣) فنخصه (٢٤).

= لا تحرمني رزقا رزقنيه الله ، فان رسول الله صلى الله عليه وسلم جعل السلب للقاتل ، فقال معاذ : ياحبيب اني سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : انما للمرء ماطابت به نفس امامه . أهـ.

قال الزيلعي : وهو معلول بعمرو بن واقد . أهـ النصب جـ٣ ص ٤٣١ كتاب السير ، فصل في التنفيل .

وقال الهيثمي في المجمع جـ ٥ ص ٣٣١ : رواه الطبراني في الكبير والأوسط وفيه عمرو بن واقد ، وهو متروك . أهـ

ورواه اسحاق بن راهويه في مسنده قال : حدثنا بقية بن الوليد حدثني رجل عن مكحول عن جنادة بن أبي أمية قال ، ... وذكر نحو تلك القصة .

ورواه البيهقي في المعرفة في باب احياء الموات بهذا الاسناد ثم قال : وهو منقطع بين مكحول ومن فوقه ، وراويه عن مكحول مجهول ، وهذا اسناد لا يحتج به . أهـ نصب الراية جـ٣ ص ٤٣١ .

(٢٢) يعني قوله صلى الله عليه وسلم : من أحيا ارضا ميتة فهي له . أنظر تخريجه في هامش رقم (٤) من هذه المسألة .

(٢٣) أي هذا الحديث الذي ذكروه ، عام في الموات وغيره .

(٢٤) أي بالحديث الذي رويناه وهو : من احيا أرضا ميتة فهي له .

قالوا : لاجتهاد الامام فيه[٢٥] مدخل ، ولهذا اذا أقطع رجلا أرضا كان أحق باحيائها[٢٦] ولو حجر[٢٧] رجل أرضا ، فان للامام أن يطالبه باتمام العمارة[٢٨] أو التخلية بينه[٢٩] وبينها[٣٠] فافتقر تملكه الى اذنه ، كالغنيمة ، ومال بيت المال[٣١].

---

(٢٥) سقط قوله (فيه) من نسخة ((ب)) : ٠/ أى فى توزيع الموات .

(٢٦) أى من غيره ، فدل على أن له التصرف فى الموات .

(٢٧) بتشديد المعجمة ، أى جعل لها اعلاما من الحجارة لتعرف بها حدودها ، مأخوذ من قولهم : حجر عين البعير ، اذا وسم حولها بميسم مستدير . أنظر المصباح جـ١ ص ١٣٣ .

(٢٨) أى باحيائها . لأن مجرد التحجير لا يعتبر احياء لها ، وانما يعنى انه أولى باحيائها من غيره ، فان لم يحيها كان للامام مطالبته باحيائها أو تخليتها لغيره . ولا بأس أن يضرب له مدة لاحيائها فيها .
أنظر التبيين جـ ٦ ص ٣٥ .

(٢٩) أى بين الامام .

(٣٠) أى ليعطيها الامام لمن هو قادر على احيائها .

(٣١) حيث لا يجوز التملك فيهما بدون اذن الامام .
بجامع ان لاجتهاد الامام فيه مدخل فى كل من الاصل وهو الغنيمة ومال بيت المال ، والفرع وهو احياء الموات .
ولما كان حكم الاصل عدم جواز التملك فيه بغير اذن الامام ، كان حكم الفرع كذلك فلا يجوز تملك الموات بلا اذن الامام أيضا لذلك .

قلنا : ينكسر بالكلأ (٣٢) فان له (٣٣) ان يحمى (٣٤) مايرى (٣٥) ، ثم لا يفتقر تملكه (٣٦) الى اذنه (٣٧) ، والغنيمة مملوكة لأهلها (٣٨) ، وانما تفتقر الى الدفع (٣٩) ،

---

(٣٢) بوزن الجبل ، وهو العشب سواء كان رطبا أو يابسا تقول : كلئت الأرض بكسر اللام بالبناء للمجهول اذا كثر فيها العشب . وأرض كليئة ومكلأة كثيرة العشب . أنظر القاموس جـ١ ص ٢٦ .

(٣٣) أى للامام .

(٣٤) فى نسخة ((ب)) : أن يحيى ./ وهو تحريف .

(٣٥) أى مايرى فيه مصلحة لعامة المسلمين . كأن يحمى لخيل الجهاد وابل الصدقة وماشيتها ، وضعفاء المسلمين عن الانتجاع بما شيتهم . أى وهذا يحتاج الى اجتهاد من الامام فيه .

(٣٦) أى تملك الكلأ .

(٣٧) أى الامام ، أى فبطل ماجعلوه علة فى الحكم بوجوب استئذانه فى احياء الموات ، لتخلف الحكم عنه فى الكلأ ، اذ يجوز تملك الكلأ بدون اذنه ، مع أن لاجتهاد الامام فيما يحميه منه مدخلا ، كما فى احياء الموات .

(٣٨) وهم من شهد الوقعة أو الحرب ، أى وليست كالموات ، فلا يصح قياس احياء الموات عليها للفارق المذكور .

(٣٩) أى الى أهلها المستحقين لها ، أى انها تفتقر فى تملكها الى الاقباض لا الى الاذن ، لانهم ملكوها بحضورهم للوقعة .

ثم الغنيمة(٤٠) تفتقر الى الاجتهاد فى قدر(٤١) مايعطى الفارس والراجل ،
وأهل الرضخ(٤٢) ومعرفة قدر حاجات أهل الخمس ،(٤٣) ومال بيت المال للمصالح(٤٤)

---

(٤٠) أى على فرض التسليم بانها تفتقر الى اذن الامام فى الأخذ .

(٤١) فى نسخة ((ب)) : فيما يعطى .

(٤٢) رضخ بوزن منع وضرب ، تقول : رضخ الحصى كسرها ، ورضخ له اعطاه عطاء غير كثير. أنظر القاموس جـ١ ص ٢٦٠ .

وأهل الرضخ هم العبد والمرأة والصبى والذمى ، ويكون رضخ كل منهم دون السهم ، أى دون سهم الراجل فى المعركة يجتهد الامام فى قدره. أنظر المنهاج ص ٦٤ .

(٤٣) وهم خمسة أصناف :

أحدها : مصالح المسلمين كالثغور والقضاة والعلماء ، يقدم الأهم فالأهم .

الثانى : بنو هاشم والمطلب يشترك الغنى والفقير والنساء ، ويفضل الذكر كالارث .

الثالث : اليتامى ، واليتيم : هو الصغير الذى لا أب له . ويشترط فقره على المشهور .

الرابع والخامس : المساكين وابن السبيل . أنظر المنهاج ص ٩٣ .

أى واذا كانت الغنيمة مفتقرة الى اجتهاد الامام فى التوزيع فلا يصح قياس احياء الموات عليها لعدم افتقاره الى اجتهاد الامام فيه .

(٤٤) أى لمصالح عامة المسلمين . أى وتقدير مصالحهم يفتقر الى اجتهاد الامام ، ولذلك اشترط فيه اذن الامام بخلاف احياء الموات .

فوقف[٤٥] على رأى الامام،[٤٦] والموات بخلافه . يدل عليه :[٤٧] أنه لا يجوز في مال بيت المال أن يبيح ماشاء لمن شاء[٤٨] ويجوز ذلك في الموات.[٤٩]

* مسألة (٢٨٨) : لا يملك الكافر[١] بالاحياء في دار الاسلام[٢] ١٨٠/٠ى٠

---

(٤٥) أى الأخذ من مال بيت المال .

(٤٦) لانه النائب عن المسلمين في تقدير ذلك من جهة الكم والكيف والمحل .

(٤٧) أى على ان احياء الموات بخلاف مال بيت المال ، في عدم الحاجة الى الاذن في الأول وحاجته اليه في الثاني .

(٤٨) لأن بيت المال تستودع فيه أموال الزكاة لتصرف الى الاصناف الثمانية ، فلا يعطى الامام من كان منهم كافرا أو هاشميا ولا مواليهما في الأصح . واذا كان غارما فيشترط لاعطائه أن لا يكون دينه في معصية ، ومن تحمل لاصلاح ذات البين يعطى مع الغنى وقيل لا ، ولا يعطى ابن السبيل ان كان سفره في معصية . أنظر المنهاج ص ٩٤ .

(٤٩) لأن تصرفه فيه منوط بالمصلحة العامة في عدم انزال الضرر البين فيه بعامة المسلمين .
والمراد: ان بين الاصل والفرع في قياسهم تصرف الامام في مال بيت المال على تصرفه في الموات فارقا يبطل به قياسهم المذكور.

(١) أى وان كان ذميا ، واما غيره فلا يملك ذلك من باب أولى .

(٢) أى وان اذن له فيه الامام ، فلو احيا ذمى أرضا نزعت منه ولا اجرة عليه ، فلو نزعها منه مسلم واحياها ملكها وان لم يأذن له الامام اذ لا أثر لفعل الذمى ، فان بقى له فيها عين مال أخذه منها . أفاد ذلك الشربينى في مغنى المحتاج جـ٢ ص ٣٦٢ .
أنظر: الوجيز جـ١ ص ٢٤١ . المنهاج ص ٧٨ . شرح المحلى جـ٣ ص ٨٨ .
وهو قول ابن حزم : المحلى جـ٩ ص ١٠٩ .

وقال أبو حنيفة : يملك.[٣]

لنا : ماروى أن[٤] النبي صلى الله عليه وسلم قال (موتان[٥] الأرض لله ولرسوله ثم هـــى لكم منى)[٦] فجمع الموات كله وجعله للمسلمين ، فلا يبقى مايكـــون

---

(٣) أى بشرط اذن الامام له به ، ومحل الجواز: اذا كان ذميا ، واما المستأمـــن فلا يملك ذلك أصلا ، ومن باب أولى اذا كان حربيا . كما فى الدر المنتقى : جـ٢ ص ٥٥٨ .
أنظر : الهداية جـ٩ ص ٥ ، التبيين جـ٦ ص ٣٥ . مجمع الأنهر جـ٢ ص٥٥٨ .
وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى جـ٢ ص ٤٦٠ . كشاف القناع جـ٤ ص ٢٠٧ .
وذكر فى المغنى جـ٥ ص ٤١٨ انه لا يملك فى قول جماعة من الحنابلة .
واليه ذهب المالكية فى أحد ثلاثة أقوال ، ثانيها لا يملك مطلقا ، ثالثهـــا التفصيل انه يملك مابعد من العمران ، دون ماقرب منها ولو باذن الامام . وهو المشهور .
ومحله: مالم يكن الموات فى جزيرة العرب ، وهى المدينة ومكة والحجاز كلـه والنجود واليمن ، عند مطرف وابن الماجشون ، وقال اللخمى : الحجـــاز والمدينة واليمن .
أنظر: الشرح الكبير جـ٤ ص ٦٩ . الجواهر جـ٢ ص ٢٠٢ . شرح المنـــح : جـ٤ ص ١٨ والتى تليها .

(٤) فى نسخة ((ب)) : انه صلى الله عليه وسلم .

(٥) فى نسخة ((ب)) : موتات . / وموتان بفتح الأول والثانى ، وأخطأ مـــن ضم الميم كما أشار الى ذلك فى التلخيص جـ٣ ص ٦٢ رقم / ١٢٩٣ .

(٦) رواه البيهقى جـ٦ ص ١٤٣ (كتاب احياء الموات ، باب لا يترك ذمى يحييـــه . من طريق هشام بن حجير عن طاوس مرفوعا : من احيا ميتا من موتـــان الارض فله رقبتها ، وعادى الأرض لله ولرسوله ، ثم هى لكم منى . =

للكفار ، ولانه أمتن بذلك ، والكافر (٧) لا يعتقد المنة فى عطيته ، ولانه كافر فلا يملك بالاحياء فى دار الاسلام ، كالحربى (٨) ،

قالوا : جهة (٩) من جهات التمليك فاستوى فيه (١٠) المسلم والكافر ، كالبيع والهبة والاصطياد (١١) .

= وفى لفظ عن ابن طاوس مرفوعا الا أنه قال : ثم لكم من بعدى .
ورواه أيضا عن ابن طاوس عن أبيه عن ابن عباس قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم موتان الارض لله ولرسوله ، فمن احيا منها شيئا فهى له .
ثم قال : تفرد به معاوية بن هشام مرفوعا وموصولا .أهـ
قال فى الجوهر النقى : ومعاوية هذا ذكره ابن الجوزى فى كتابه فى الضعفاء ، وقال : روى ماليس بسماعه ، فتركوه ، وذكره غيره عن ابن معين قال : صالح وليس بذاك .أهـ.
وقال فى التلخيص جـ٣ ص٦٢ ، تفرد به معاوية متصلا ، وهو مما أنكر عليه .أهـ رقم/ ١٢٩٣ وحكم عليه ابن حزم بالوضع ، انظر المحلى جـ٩ص٩٢ والتى تليها .

(٧) فى نسخة ((ب)) : والكفار لا يعتقدون المنة فى عطيته .

(٨) حيث لا يملك الارض باحيائها فى دار الاسلام .
بجامع الكفر فى كل من الاصل وهو الحربى والفرع وهو الذمى والمستأمن .
ولما كان حكم الاصل عدم تملك الكافر الحربى للأرض باحيائها فى دار الاسلام كان حكم الفرع كذلك فلا يملكها الكافر غير الحربى فى ديار الاسلام أيضا لذلك .

(٩) أى احياء الموات .

(١٠) سقط لفظ (فيه) من الأصل .

(١١) حيث يجوز للكافر التملك بالبيع والهبة والاصطياد .
بجامع ان كلا جهة من جهات التمليك ، اما الاصل فالبيع والهبة والاصطياد واما الفرع فالاحياء .
ولما كان حكم الاصل جواز تملك الكافر فى دار الاسلام بالبيع والهبة والاصطياد كان حكم الفرع كذلك ، فيجوز للكافر فى دار الاسلام تملك الارض بالاحياء أيضا لذلك .

قلنا : فيما[١٢] قستم عليه يستوى المسلم والحربى[١٣] ، وفى الاحياء لا يستويان[١٤] ،

ولأن فى الاصطياد لا يدخل الضرر على المسلم[١٥] ، لانه يستخلف[١٦] ، وفى البيع

---

(١٢) فى نسخة ((ب)) :كل ماقستم عليه يستوى فيه المسلم والحربى . / يعنى فى البيع والهبة والاصطياد .

(١٣) أى فى التملك به ، ثم لم تجعلوا استواءهما فى التملك بالهبة والبيع والاصطياد دليلا على جواز تملك الحربى بالاحياء فى ديار الاسلام .

والمقصود: اثبات ان علتهم المذكورة قاصرة ، فانها وجدت فى الحربى ، ثم تخلف الحكم عنها فيه .

وقد كان يجب بناء على علتكم ان تقولوا بصحة الاحياء من الحربى ، ولم تقولوا ذلك فبطل التعليل بها .

(١٤) حيث لا يجوز للحربى التملك بالاحياء فى أرض الاسلام أصلا . ويجوز للمسلم التملك بالاحياء فى دار الحرب ان كانت مما لا يذبون المسلمين عنها . كما فى المنهاج ص ٧٨ .

والمراد: ان الاستواء فى بعض جهات التمليك لا يقتضى الاستواء بين المسلم والكافر فى التملك بالاحياء . فصح ان بين الاصل وهو البيع والهبة والاصطياد والفرع وهو احياء الموات فارقا ، فيبطل به قياس احدهما على الآخر لذلك .

(١٥) أى بسبب الاصطياد .

(١٦) أى ان ما اصطاده الكافر يخلفه غيره من الحيوان أو الطير ، فلا يلحق الضرر به على المسلم ، ولذلك جاز للكافر تملكه بالاصطياد ، بخلاف ما يتملكه من الأرض بالاحياء فانه لا يخلف ولا يتجدد فمنع .

والهبة تتملك برضاه[١٧] وفي الاحياء يتملك بغير رضاه ،ويدخل الضرر عليه في التضييق ،[١٨] فمنع منه .

قالوا : يملك المحيا ،[١٩] فملك بالاحياء ،كالمسلم .[٢٠]

قلنا : الذمي يملك المنكوحة المسلمة ،[٢١] ولا يملك بالنكاح ،[٢٢] ويملك المال

---

(١٧) أي فيما لو تبايع الكافر مع المسلم أو وهبه المسلم مالا ،فان الكافر يتملكه ، لانه خرج من يد المسلم برضاه .

(١٨) وذلك بتفويته فرص تملك الأرض بالاحياء عليه ،أو يضايقه بتملك مايجاور المسلم من الموات .
أي وبهذا الفارق بين الاصل والفرع في قياسهم الموات على الهبة والبيع في صحة تملك الكافر به ، يبطل قياسهم المذكور.

(١٩) اسم مفعول ،أي المعمور والمتملك ،بمعنى ان الكافر يجوز له أن يتملك ماجرى احياؤه من صاحبه ، وذلك بالشراء والهبة .

(٢٠) حيث يملك الموات بالاحياء وغير الموات بجميع جهات الملك من بيع وهبة ونحو ذلك .
بجامع جواز تملك المعمور من الأرض، في كل من الاصل وهو المسلم والفرع وهو الكافر في ديار الاسلام.
ولما كان حكم الاصل جواز تملكه الموات بالاحياء ، كان حكم الفرع كذلك فيجوز للكافر تملك الموات بالاحياء في دار الاسلام أيضا لذلك .

(٢١) أي أنها تدخل في ملكه بعقد البيع ، ولكن لا يقر على بقائها تحت يده لما فيه من استعلاء الكافر على المسلم وهو منهي عنه ، ويجبر على اخراجها من يده باي نوع من أنواع التمليك كالبيع والهبة ونحو ذلك .

(٢٢) أي لا تدخل تحت يده بعقد النكاح عليها . لحرمة تزويج المسلمة من كافر، لقوله تعالى : (ياأيها الذين آمنوا اذا جاءكم المؤمنات مهاجرات فامتحنوهن الله أعلم بايمانهن فان علمتوهن مؤمنات فلاترجعوهن الى الكفار، لا هن حل لهم ولا هم يحلون لهن .) الممتحنة .آية رقم/ ١٠

المزكى (٢٣) ولا يملك بالزكاة (٢٤)، ثم المسلم من أهل الدار (٢٥)، ولهذا يضاف اليه الدار ويقر فيها بغير عوض (٢٦) والذمى ليس من أهل الدار ولهذا لا يقر فيها بغير عوض، فلم يملك حقوق الدار (٢٧)، كالمستأجر لا يملك شفعة (٢٨) الدار. (٢٩)

---

(٢٣) بأن بيع ذلك المال للذمى أو وهب له. ونحو ذلك.

(٢٤) حيث لا يصرف له من مال الزكاة، لانه ليس من الاصناف الثمانية المستوجبين لها (انما الصدقات للفقراء والمساكين والعاملين عليها، والمؤلفة قلوبهم وفى الرقاب والغارمين وفى سبيل الله وابن السبيل فريضة من الله والله عليم حكيم) التوبة : آية/ ٦٠.

أنظر المنهاج ص ٩٤.

أى فبطلت العلة التى ذكروها، لتخلف الحكم عنها فى الأمة المسلمة والمال المزكى. فليس كل ماجاز تملكه بجهة جاز تملكه بجهة من جنسها.

(٢٥) أى أهل دار الاسلام، بخلاف الكافر.

(٢٦) وهو الجزية.

(٢٧) وهى الارتفاقات، ومنها احياء الموات.

(٢٨) فى نسخة ((ب)) : لا يملك منفعة الدار ويملك من لهفيها ملك.

(٢٩) لأن الشفعة تعتمد الشركة فى الشقص المشفوع، والمستأجر يملك المنفعة فقط.

بجامع ان كلا ليس من أهل الدار، أما الاصل فالمستأجر، واما الفرع فالكافر فى دار الاسلام.

ولما كان حكم الاصل عدم امتلاك المستأجر شفعة الدار، كان حكم الفرع كذلك فلا يملك الكافر فى دار الاسلام احياء الموات أيضا لذلك.

والمراد: اثبات ان فى قياسهم الكافر على المسلم فى جواز تملكه الموات فى دار الاسلام بالاحياء فارقا، فيبطل به قياسهم المذكور.

* مسألة (٢٨٩) : ماجاور [١] العامر من الموات ولم يتعلق بمصلحة [٢] العامر يجوز [٣] احياؤه ٠/١٨٠ ى٠

وقال أبو يوسف : لا يجوز [٤] الى مدى صوت [٥]٠

---

(١) فى نسخة ((ب)) : ماجاوز ٠/ بالزاى المعجمة .

(٢) ومصالح العامر: هى طرقه وفنائه ومسيل مائه ومرعاه ومحتطبه ومدفن موتاه ومطرح ترابه ونحو ذلك .

(٣) المختصر ص ١٣٠ ٠ الأم جـ٤ ص ٤١ ٠ الوجيز جـ١ ص ٢٤١ ٠
وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى جـ٢ ص ٤٦٠ والتى تليها ،كشاف القناع جـ٤ ص ٢٠٨ ٠
وبه يقول المالكية : الشرح الكبير وحاشية الدسوقى عليه جـ٤ ص ٦٧ .الجواهر جـ٢ ص ٢٠٢ ،شرح المنح جـ٤ ص ١٣ ٠
واليه ذهب ابن حزم ،بل ذهب الى جواز تملكه وان تعلق بمصلحة العامر .
أنظر المحلى جـ٩ ص ٩٨ ٠

(٤) فى نسخة ((ب)) : لا يجوز الا الى مدى الصوت .

(٥) أى صوت انسان جهورى الصوت يقف على مكان عال ، أنظر حاشية جلبى : جـ٦ ص ٣٥ ٠
وذكر سعدى جلبي فى حاشيته على العناية جـ٩ ص ٢ عن أبى يوسف رواية أخرى ان البعد ماكان على قدر غلوة . أى رمية السهم ابعد ماتكون وقيل: هى قدر ثلثمائة ذراع الى أربعمائة . أنظر المصباح : جـ٢ ص ١٠٦ ٠
وجعل محمد الانتفاع بالمجاورة هو الحد الذى يتبين به جواز احياء الموات المحيط أو المجاور. فاذا انتفع به فلا يملك وان كان بعيدا ،وان لم ينتفع به يملك وان كان قريبا .
أنظر الهداية جـ٩ ص ٢ و ص ٦ وفتح القدير عليه. التبيين جـ٦ ص ٣٥ ٠
مجمع الأنهر جـ٢ ص ٥٥٧ ٠

لنا : هو انه موات لم يملك ولا يتعلق بمصلحة العامر ،فجاز ان يملك بالاحياء كما لو زاد على مدى الصوت .(٦)

قالوا : لا تستغنى القرية العامرة عما قرب منها من الموات لطرح البيادر (٧) وغيرها من المصالح ،(٨) ومقدار ما يبلغه الصوت فى حكم القريب ،(٩) ولهذا جعلتم (١٠) هذا القدر كالحضر ،(١١) فى وجوب الجمعة .(١٢)

---

(٦) حيث يجوز تملكه بالاحياء .
بجامع ان كلا موات لم يملك ولا يتعلق به مصلحة العامر ، اما الاصل فما لو زاد على مدى الصوت ،واما الفرع فما لو كان دون مدى الصوت .
ولما كان حكم الاصل جواز تملكه ،كان حكم الفرع كذلك فيجوز تملك ماجاور العامر مما هو دون مدى الصوت أيضا لذلك .

(٧) جمع بيدر . وهو الموضع الذى يجمع فيه القمح ليداس فيفصل به عن سنبله .
أنظر القاموس جـ١ ص ٣٦٩ .

(٨) كطرح الكناسة ،ورعى المواشى ، ولعب الصبيان ،والتدرب على الرماية وفنون القتال ونحو ذلك .

(٩) أى فلا يكفى للارتفاق به . ولا تستغنى عنه القرية العامرة ، فلا يجوز تملكه بالاحياء ،لما فى ذلك من التضييق على أهلها .

(١٠) يعنى الشافعية .

(١١) فى نسخة ((ب)) : كالحاضر.

(١٢) حيث تلزم الجمعة بسماع صوت المؤذن العالى فى حال الهدوء ،عند الشافعية .
أنظر المنهاج ص ٢١ .

قلنا : الحاجة لا تختص بهذا القدر، (١٣) وتخالف الجمعة فان ذاك (١٤) يثبت بالتوقيف، (١٥) ولأن النداء (١٦) للدعاء الى الصلاة، فوجب (١٧) الاجابة على كل من بلغه، (١٨) وليس في بلوغ الصوت هاهنا (١٩) هذا المعنى، فلم يكن لاعتباره وجه. (٢٠)

---

(١٣) وهو مقدار مدى الصوت، بل قد تزيد عليه وقد تنقص بحسب الحاجة. أى فلا يصلح ذلك للتقدير به.

(١٤) فى نسخة ((ب)) : فان ذلك. / والاشارة عائدة الى تحديد المسافة على من تجب عليه الجمعة.

(١٥) أى بالنص. وهو ماروى مسلم جـ١ ص ٤٥٢ كتاب المساجد، باب يجب اتيان المسجد على من سمع النداء، رقم / ٢٥٥ عن أبى هريرة قال : أتى النبي صلى الله عليه وسلم رجل أعمى، فقال : يارسول الله انه ليس لى قائد يقودنى الى المسجد، فسأل رسول الله صلى الله عليه وسلم ان يرخص له فيصلى فى بيته، فرخص له، فلما ولى، دعاه، فقال : هل تسمع النداء بالصلاة ؟ فقال : نعم، قال : فأجب. أهـ
والاجابة بسماع النداء يستوى فيه نداء الجمعة وغيرها للاطلاق.
ولا توقيف هاهنا فى حد مايجوز احياؤه مما جاور العامر من الأرض.
وبهذا الفارق بين الاصل والفرع يبطل قياسهم المذكور.

(١٦) أى فى الجمعة.

(١٧) فى نسخة ((ب)) : فوجبت.

(١٨) زاد فى نسخة ((ب)) : من بلغه النداء.

(١٩) أى فيما جاور العمران من الأرض الموات.

(٢٠) أى وهذا فارق آخر بين الاصل والفرع يتأكد به بطلان قياسهم المذكور.

* مسألة (٢٩٠) : حريم[1] البئر[2] مايحتاج اليه[3]. / ١٨٠ش.

وقال أبو حنيفة : أربعون ذراعا[4].

---

(١) على وزن فعيل من الحرمة ، وانما سمى بذلك لتحريم التصرف به على الغير بدون اذن المالك . أنظر مغنى المحتاج جـ٢ ص ٣٦٣.

(٢) أى المحفورة فى الموات ، واما التى فى ملكه فيعتبر فى حريمها العرف. كما فى مغنى المحتاج جـ٢ ص ٣٦٣.

(٣) وهو موقف النازح ، وهو القائم على رأس البئر ليستقى ، والحوض والدولاب ومجتمع الماء ومتردد النازح من الدابة ان استقى بها أو الآدمى ، أما البئر المتخذة للشرب فيعتبر حريمها بموضع وقوف المستقى منها .
أنظر مغنى المحتاج جـ٢ ص ٣٦٣.
وأنظر المسألة فى : الوجيز جـ١ ص ٢٤٢. المنهاج ص ٧٩. مغنى المحتاج جـ٢ ص ٣٦٣.
وهو قول المالكية ، اذ قالوا: مالا يضيق على وارد من عاقل أو غيره حريم لبئر ماشية أو شرب ، ومالا يضر بماء حريم لبئر زراعة وغيرها .
والمراد: ان منتهى مالا يضيق ولا يضر هو منتهى حريم البئر.
أنظر الشرح الكبير جـ٤ ص ٦٧. الجواهر جـ٢ ص ٢٠٢. شرح المنح : جـ٤ ص ١٤.
واليه ذهب ابن حزم أيضا : المحلى جـ٩ ص ١٠١.

(٤) سواء كانت البئر للعطن أو للناضح عند الامام أبى حنيفة .
وبئر العطن : هى التى ينزح منها الماء بسحب الحبل منها باليد ، والعطن هو مناخ الابل ومبركها حول الماء .
وبئر الناضح : هى التى ينزح منها الماء بالبعير ، والناضح هو البعير .
هذا عند الامام أبى حنيفة ، وخالفه صاحباه فى بئر الناضح فجعلا حريمها ستين ذراعا .
=

لنا : هو أن مالا يحتاج اليه لا يمنع منه من يريد احياءه،[٥] دليله مازاد على ذلك .[٦]

قالوا : روى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال (حريم البئر أربعون ذراعاً) .[٧]

= أنظر : الهداية جـ٩ ص٦ والتى تليها . التبيين جـ٦ ص٣٦ . مجمع الأنهر جـ٢ ص٥٥٩ .

وفرق الحنابلة بين البئر القديمة فجعلوا حريمها خمسين ذراعا ، وتسمى عادية بتشديد الياء ، نسبة لعاد ، وليس المراد عادا بعينها ، لكن لما كانت عاد فى الزمن الأول وكانت لها آثار فى الأرض نسب اليها كل قديم .

فاذا كانت البئر القديمة قد انطمت وذهب ماؤها ، فجدد حفرها وعمارتها أو انقطع ماؤها فاستخرجه ملكها وملك حريمها المذكور معها ، وبين البئر غير القديم فجعلوا حريمها على النصف من القديمة وهو خمسة وعشرون ذراعا وتسمى بئرا مبتدأة .

أنظر: شرح المنتهى جـ٢ ص٤٦٢ . كشاف القناع جـ٤ ص٢١٢ والتى تليها .

وذكر فى المغنى جـ٥ ص٤٣٨ عن القاضى وأبى الخطاب ان حريمها ماتحتاج اليه لترقية الماء منها .

(٥) سقط قوله (من يريد احياءه) من الأصل .

(٦) أى على مايحتاج اليه فى ترقية الماء من البئر، حيث يجوز احياؤه لمن يريده .

(٧) رواه أحمد جـ٢ ص٤٩٤ عن هشيم عن عوف عن أبى هريرة مرفوعا : حريم البئر أربعون ذراعا من جوانبها كلها ، لاعطان الابل والغنم وابن السبيل أو الشارب ، ولا يمنع فضل ماء ليمنع به الكلأ . أهـ .

لكن رواه البيهقى بسنده عن هشيم عن عوف عن رجل عن أبى هريرة مرفوعا . جـ٦ ص١٥٥ ففى السند مجهول .

وروى ابن ماجه جـ٢ ص٨٣١ كتاب الرهون ، باب حريم البئر، رقم/٢٤٨٦ ، عن عبدالله بن مغفل مرفوعا : من حفر بئرا فله أربعون ذراعا عطنا لماشيته . =

قلنا : لعله أراد[٨] فى بئر يحتاج فى حريمها الى هذا القدر.[٩]

* مسألة (٢٩١) : لا يجوز للامام أن يحمى الحشيش[١] فى أرض الموات فى[٢] أحد القولين ./١٨٠ش.

وقال أبو حنيفة : يجوز.[٣]

= قال فى الزوائد على ابن ماجه : مدار الحديث فى الاسنادين - حيث قد رواه ابن ماجة باسنادين - على اسماعيل بن مسلم المكى ، تركه يحى القطان وابن مهدى وغيرهما .أهـ.

وفى بلوغ المرام ص ١٦٨ رقم/ ٧٧٩ : رواه ابن ماجه باسناد ضعيف.أهـ.

(٨) سقط قوله (أراد) من نسخة ((ب)) : -٠/ أى لعل الحديث وارد فى بئر يحتاج فى حريمها الى هذا القدر.

(٩) فيكون الحديث واردا على قضية عين ، لاعموم لها ، فلا يكون العدد المذكور فيه منسحبا على كل بئر، بل يعتبر فى كل بئر ماتحتاج اليه .

(١) أى لرعى نعم الصدقة والجزية والضالة من الماشية والضعيف من الرعية عن طلب المرعى البعيد .

(٢) أنظر المسألة : المختصر ص ١٣١ . الأم جـ٤ ص ٤٢ و ص ٤٧. وذكر فى المنهاج ص ٧٩ ان الاظهر جوازه .
وبه يقول ابن حزم : المحلى جـ٩ ص٩٦.

(٣) ومحله مالم يضيق به على عامة المسلمين .
انظر:
وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى جـ٢ ص ٤٦٥ . كشاف القناع جـ٤ ص ٢٢٣ . المغنى جـ٥ ص ٤٢٩.
وبه يقول المالكية : الشرح الكبير جـ٤ ص٦٩ .الجواهر جـ٢ ص٢٠٢ .شرح المنح جـ٤ ص ١٦.

لنـا : ماروى أبو داود (٤) عن الصعب بن جثامة (٥) أن النـبي صلى الله عليه وسلم (حمى النقيـع (٦) وقال لا حمـى الا لله ولرسـوله (٧)) ،

---

(٤) هو الحافظ المصنف المتقن ، سليمان بن الأشعث السجستاني الأزدى ، نزيل البصرة ، سمع بخراسان والعراق والجزيرة والشام والحجاز ومصـر من خلق كثير ، روى عنه الترمذى والنسائي ، وروى عنه أحمد فـرد حديث ، فكان أبو داود بفتخر بذلك ،قال فيه ابن حبان : أحد أئمـة الدنيا فقها وعلما وحفظا ونسكا ، وورعا واتقانا .أهـ توفي سنة خمـس وسبعين ومائتين بالبصرة ، عن ثلاث وسبعين سنة .أنظر الخلاصة ص ١٥٠ .

(٥) الصعب بفتح الأول وسكون الثاني ، وجثامة ،بفتح الأول فمثلثة مشددة ، هو الصعب بن جثامة بن قيس بن ربيعة بن عبدالله بن يعمر الليثى ، حليف قريش ، امه اخت أبي سفيان بن حرب اسمها فاختة ، كان مقاتلا جريئـا مقداما ،قال فيه النبي صلى الله عليه وسلم يوم حنين : لولا الصعـب ابن جثامة لفضحت الخيل .أهـ آخى النبي صلى الله عليه وسـلم بينـه وبين عوف بن مالك ، توفي في خلافة أبي بكر وقيل في آخر خلافة عمـر وقيل في خلافة عثمان وهو الصحيح . أنظر الاصابة جـ٢ ص ١٨٤ رقم/ ٤٠٦٥ .

(٦) النقيع بفتح النون ،بعدها قاف : وهو موضع قريب من المدينة ، كـان يستنقع فيه الماء ،أى يجتمع.أهـ النهاية جـ٥ ص ١٠٨ .

(٧) سقط قوله (ولرسوله) من نسخة ((ب)) .
والحديث رواه البيهقي جـ٦ ص ١٤٦ كتاب احياء الموات . باب ماجاء فـي الحمى ، ثم نقل عن البخاري قوله : هذا وهم .- قال البيهقي -: لان قولـه حمى النقيع من قول الزهري .أهـ
ورواه البخارى جـ٢ ص٥٣ كتاب المساقاة ، باب لا حمى الا لله ولرسـوله ، عن الصعب بن جثامة مرفوعا : لا حمى الا لله ولرسوله .أهـ

=

ولأن من (٨) لا يملك الحمى لنفسه ، لم يملك للرعية ،كالرعية (٩) ؛ ولأن مالا يجـــوز اقطاعه (١٠) لا يملك حماه ،كالماء العد . (١١)

= قال - أى ابن شهاب :- بلغنا أن النبي صلى الله عليه وسلم حمى النقيع. أهـ ورواه أبو داود جـ٣ ص ١٨٠ كتاب الخراج والامارة والفئ ، باب فى الأرض يحميها الامام أو الرجل ، رقم / ٣٠٨٣ . ثم ذكر قول ابن شهاب أيضـــا . ثم رواه بنص المؤلف هنا : ان النبي صلى الله عليه وسلم حمى النقيع ، وقـــال : لا حمى الا لله عز وجل . أهـ رقم / ٣٠٨٤ بدون لفظ (ولرسوله) .

(٨) فى نسخة ((ب)) : ولأن مالا يملك اقطاعه لا يملك حماه ،كالماء العد . / وماعدا ذلك فهو ساقط منها .

(٩) حيث لا يملك افراد الرعية أن يحمى الحشيش لنفسه أو لغيره .
بجامع ان كلا لا يملك أن يحمى لنفسه ، اما الاصل فالرعية ، واما الفـــرع فالامام .
ولما كان حكم الاصل عدم جواز أن يحمى أحد من الرعية الحشيش لغـــيره كان حكم الفرع كذلك فلا يملك الامام أن يحميه لغيره أيضا لذلك .

(١٠) كالمعدن الظاهر وهو ما خرج بلا علاج كالنفط والكبريت والمومياء والبرام ونحو ذلك . أنظر المنهاج ص ٧٩ .

(١١) العد بكسر العين المهملة : الدائم الذى لا انقطاع لمادته . وجمعـــه اعداد وقيل : العد مايجمع ويعد ، ورده الأزهرى ورجح الأول . أهـ التلخيص جـ٣ ص ٦٥ .
والجامع فى القياس المذكور هو عدم جواز اقطاعه فى كل من الاصل وهـــو الماء العد والفرع وهو الحشيش ، ولما كان حكم الاصل عدم جواز حماه كان حكم الفرع كذلك فلا يحمى الامام الحشيش أيضا لذلك .

قالوا : روى ان عمر حمى أرضا بالمدينة وولى عليها (١٢) مولى له يقال له هنى . (١٣)

---

(١٢) فى الأصل (عليه) أى المكان المحمى مراعاة للمعنى . والتأنيث مراعاة للفظ .

(١٣) فى نسخة ((ب)) : يمنى .
زاد فى نسخة ((ب)) : فقال له : يا يمنى - هنى - ضم جناحك للناس واتق دعوة المظلوم فانها لا ترد ، وادخل رب الصريمة - صاحب الابل القليلة - والغنيمة - أى صاحب الغنم القليلة كما فى النهاية جـ٣ ص ٢٧ ، وهما بالتصغير - واياك ونعم ابن عوف وابن عفان - أى فلا تدخلها فى هذا الحمى - فانهما ان تهلك ماشيتهما يرجعان الى حرث وزرع ورب الصريمة والغنيمة يأتينى فيقول : يا أمير المؤمنين ، فأدعهما لا ابالك فالكلأ أخف علىّ من الدينار والدرهم . أهـ.
هذا الأثر رواه الشافعى فى الأم جـ٤ ص ٤٦ باب من أحيا مواتا كان لغيره ، بسنده : أخبرنا عبد العزيز بن محمد عن زيد بن أسلم عن أبيه أن عمر ابن الخطاب رضى الله عنه استعمل مولى له يقال له : هنى على الحمى ، فقال له : ياهنى . . . الخ وزاد : وايم الله لعلىّ ذلك ، انهم ليرون انى قد ظلمتهم ، انها لبلادهم قاتلوا عليها فى الجاهلية واسلموا عليها فى الاسلام ، ولولا المال الذى احمل عليه فى سبيل الله ما حميت على المسلمين من بلادهم شبرا . أهـ
ثم قال الشافعى : ولو ثبت هذا عن عمر باسناد موصول أخذت به . أهـ
قلت : قد ثبت ، فقد رواه البخارى جـ٢ ص ١٨٠ كتاب الجهاد ، باب اذا اسلم قوم فى دار الحرب ، ولهم مال وارضون فهى لهم . حدثنا اسماعيل قال : حدثنى مالك عن زيد بن أسلم عن أبيه أن عمر ابن الخطاب استعمل مولى له يدعى هينا . الخ وذكره بتمامه .
ورواه البيهقى جـ٦ ص١٤٦ باب ما جاء فى الحمى ، من طريق مالك عن زيد بن أسلم عن أبيه أن عمر بن الخطاب . . الخ . وذكره بتمامه أيضا . =

قلنا : لعله حمى[14] ماحماه النبي صلى الله عليه وسلم .[15]

قالوا : امام كالرسول .[16]

قلنا : قد فرّق النبى صلى الله عليه وسلم بينه وبين غيره[17] ، فلايجوز الجمع ،ولأن النبي صلى الله عليه وسلم يملك الحمى لنفسه[18] ، ولا يملك[19] غيره .[20]

= ولصحة الحديث فقد قال به الشافعى فى القول الثانى ، ووصفه النووى كما فى المنهاج ص ٧٩ بأنه الاظهر كما ذكرنا فى رأس هذه المسألة .

(١٤) فى نسخة ((ب)) : حما ، / بالألف الممدودة .

(١٥) أى عين ماحماه رسول الله صلى الله عليه وسلم . أى لا بل الصدقة والجزية بمعنى: انه لم ينقضه ،بل اكد عليه الحمى وابقاه .
قلت : وقد مرّ ان الحديث صحيح وان الشافعى قائل به ،فلا محل لما ذكره المصنف من جواب اذن .

(١٦) أى فجاز له الحمى كما جاز للرسول صلى الله عليه وسلم لحديث (لا حمى الا لله ورسوله) وقد سبق تخريجه فى الهامش رقم (٧) من هذه المسألة .

(١٧) لحصره حق الحمى فى الله ورسوله صلى الله عليه وسلم : فلا يلحق به غيره من الأئمة .
وأيضا فقد كان صلى الله عليه وسلم يرد مازاد من المال عن حاجته فلايحصل به تضييق على عامة الناس، ولاكذلك سائر الأئمة ، ففارقهم بذلك .أنظر الأم جـ٤ ص ٤٧ .

(١٨) للحديث المذكور . وأنظر الوجيز جـ١ ص ٢٤٢ .

(١٩) فى نسخة ((ب)) : ولا يملكه غيره .

(٢٠) أى وبهذا الفارق يبطل الحاق الأئمة بالنبي صلى الله عليه وسلم فى حق الحمى .

* مسألة (٢٩٢) : ما ينبت فى أرض الانسان (١) من الحشيش ملك لصاحب الأرض (٢) ٠/١٨٠ ش .

وقال أبو حنيفة : ليس بملك له . (٣)

---

(١) أى صاحب الأرض.

(٢) أى فلا يأخذ حكم الحشيش فى الأرض الموات ، فلا يجوز اختلاؤه ولا رعيه لأحد الا باذن صاحبه ، أى فى أصح القولين .

أنظر المسألة فى : مغنى المحتاج جـ٢ ص ٣٧٥ . شرح المحلى جـ٣ ص٩٦ .
نهاية المحتاج جـ٥ ص ٣٥٢ .
وقد ذكر المصنف القول الثانى فى المهذب جـ١ ص ٤٢٤ ونسبه الى أبى القاسم الصميرى . خلافا لأكثر الأصحاب .

ويشبه أن يكون قول ابن حزم أيضا ، فقد قال فى المحلى جـ٩ ص ١٠٠ :
ومن خرج فى أرضه معدن فضة أو ذهب أو نحاس . . . أو أى شئ كان فهو له ، ويورث عنه وله بيعه ولا حق للامام معه فيه ولا لغيره . أهـ.

(٣) سقط قوله (له) من نسخة ((ب)) .
أى لكنه وان لم يملكه الا أنه أحق به من غيره .
انظر :
وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى جـ٢ ص ٤٦١ . كشاف القناع جـ٤ ص ٢١٠ ،
المحرر جـ١ ص ٣٦٨ .

وبه يقول المالكية ، ومحله اذا كان الحشيش فى أرض لم يزرعها صاحبها استغناء عنها أو لم تكن صالحة للزراعة ، فان كان له فيها زرع يخشى عليه التلف بدخول الناس بدوابهم لرعى مافيها من الحشيش فله منعهم .
ومحله أيضا : مالم يكن قد جعل تلك الأرض لرعى دوابه ومواشيه . والا فله منع الناس عنها أيضا .
أنظر : الشرح الكبير جـ٤ ص ٧٥ . الجواهر جـ٢ ص ٢٠٥ . شرح المنح جـ٤ ص ٣٢ .

لنا : هو أنه نماء ملكه ،فأشبه الشجر (٤) والشعر والصوف (٥) .

قالوا : روى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال (الناس شركاء فى ثلاثة : الماء والنار (٦) والكلأ (٧)) .

---

(٤) أى اذا ظهر فى أرضه .

(٥) اذا كان على ظهر دوابه ومواشيه ، حيث يكون ملكا له وحده .
بجامع ان كلا نماء ملكه ، اما الاصل فهو الشجر والشعر والصوف ، واما الفرع فالحشيش النابت فى أرضه .
ولما كان حكم الاصل دخوله فى ملكه ، كان حكم الفرع كذلك فيملك الحشيش النابت فى أرضه أيضا لذلك .

(٦) أراد بالماء ماء السماء والعيون التى لا مالك لها ، وأراد بالكلأ مراعى الأرض التى لا مالك لها ، وأراد بالنار الشجر الذى يحتطبه الناس، وقيل : النار اذا اضرمت فى حطب غير مملوك . أنظر عميرة جـ٣ ص ٩٦
وقد كانوا فى الجاهلية يمنعون الناس منه ،فاباحه الاسلام . كما فى معالم السنن جـ٥ ص ١٢٣ ، رقم/ ٣٣٣١ .

(٧) رواه أبو داود جـ٣ ص ٢٧٨ كتاب البيوع ،باب فى منع الماء ،رقم/ ٣٤٧٧ ، عن رجل من المهاجرين من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم - جهالة الصحابى لا تضر - قال : غزوت مع النبي صلى الله عليه وسلم ثلاثا ،اسمعه يقول : المسلمون شركاء فى ثلاث : فى الكلأ ،والماء ، والنار . أهـ وسكت عنه وكذا المنذرى فى مختصره جـ٥ ص ٢٢ .
قال فى البلوغ ص ١٦٩ رقم/ ٧٨٢ : رجاله ثقات. أهـ
ورواه ابن ماجه جـ٢ ص ٨٢٦ كتاب الرهون ، باب المسلمون شركاء فى ثلاث، رقم/ ٢٤٧٢ عن ابن عباس مرفوعا : المسلمون شركاء فى ثلاث ،فى الماء والكلأ والنار - وزاد .. وثمنه حرام . أهـ
قال فى الزوائد على ابن ماجه : عبد الله بن خراش قد ضعفه أبو زرعة والبخارى وغيرهما ،وقال محمد بن عمار الموصلى :كذاب . أهـ نفس الصفحة. =

قلنا : نحمله على المباح منه[٨] .

قالوا : حشيش نابت في الأرض ، فأشبه النابت في الموات[٩] .

قلنا : ذاك[١٠] نابت في المباح فهو كشعر الصيد[١١] ، وهذا[١٢] نابت في

= وقال في التلخيص جـ٣ ص ٦٥ رقم / ١٣٠٤ : فيه عبد الله بن خراش متروك .
وقد صححه ابن السكن . أهـ .
ورواه ابن ماجه عن أبي هريرة مرفوعا : ثلاث لا يمنعن : الماء والكلأ والنار . أهـ
قال في الزوائد أيضا : هذا اسناد صحيح ، رجاله موثقون ، لأن محمد
ابن عبد الله بن يزيد - أحد رجال السند - أبا يحي المكي ، وثقه النسائي
وابن أبي حاتم وغيرهما ، وباقي رجال الاسناد على شرط الشيخين . أ هـ
رقم / ٢٤٧٣ نفس الصفحة .
وصحح ابن حجر اسناده في التلخيص جـ٣ ص ٦٥ رقم / ١٣٠٤ .

(٨) أي غير المملوك ، وهو ما كان منه في موات الأرض .

(٩) حيث لا يجوز منعه عن أحد .
بجامع ان كلا حشيش نابت في الأرض . أما الأصل فالحشيش النابت في
الموات ، واما الفرع فالحشيش النابت في أرض مملوكة .
ولما كان حكم الاصل عدم جواز منعه عن أحد ، كان حكم الفرع كذلك فلا يجوز
لصاحب الأرض منع الناس عن الحشيش في أرضه أيضا لذلك .

(١٠) أي الحشيش الذي في الموات .

(١١) حيث يجوز تملكه لكل أحد .
بجامع ان كلا نابت في مباح ، اما الاصل فشعر الصيد ، واما الفرع فالحشيش
في الموات .
ولما كان حكم الاصل جواز تملكه لكل أحد ، كان حكم الفرع كذلك فلا يمنع
الحشيش في الموات عن أحد أيضا لذلك .

(١٢) أي الحشيش في الأرض المملوكة .

مملوك ، فهو كشعر الغنم . (١٣)

---

(١٣) حيث يكون ملكا لصاحب الغنم .

بجامع ان كلا نابت فى مملوك ، اما الاصل فشعر الغنم ، واما الفـــــرع فالحشيش فى الأرض المملوكة .

ولما كان حكم الاصل كون شعر الغنم ملكا لصاحبها ، كان حكم الفـــــرع كذلك فيكون الحشيش النابت فى الارض المملوكة ملكا لصاحبها أيضا لذلك .

* كتـــــاب اللقطـــة * (*)

* مسألة (٢٩٣) : لا يجوز التقاط الابل والبقر والطيور./ ١٨٠ ش. (١)

(*) زاد فى نسخة ((ب)) : بعدها : بسم الله الرحمن الرحيم .
واللقطة : بضم اللام وفتح القاف ، وحكى ابن مالك فيها أربع لغات : لقاطة ولقطة بضم اللام وسكون القاف ، ولقطة بضم اللام وفتح القاف ، ولقط بفتح اللام والقاف بلا هاء . أهـ مغنى المحتاج جـ٢ ص ٤٠٦ .
ونقل فى المغنى عن الخليل بن أحمد قوله : اللقطة بفتح القاف اسم للملتقط - اسم فاعل - لأن ما جاء على فعله فهو اسم للفاعل ، كقولهم : همزة ولمـــزة وضحكة وهزأة - كلها بضم الأول وفتح الثانى - واللقطة بسكون القـــاف : المال الملقوط مثل الضحكة - بضم وسكون - الذى يضحك منه ، والهـــزأة الذى يهزأ به . أهـ
وقيل : هى بفتح القاف اسم للمال الملقوط أيضا . قاله الأصمعى وابن الأعرابى والفراء ، كما فى المغنى أيضا جـ٦ ص ٧٣ .
تقول : لقطت الشئ لقطا من باب قتل : أخذته ، وأصله الأخذ من حيث لا يحس ، فهو ملقوط ولقيط .
واللقطة وزان رطبة قال الأزهرى : اللقطة بفتح القاف اسم الشئ الذى تجده ملقى فتأخذه ، قال وهذا قول جميع أهل اللغة . وحذاق النحويين . الا أن الليث قال هو بالسكون ، ومنهم من يعد السكون من لحن العوام .
أنظر المصباح جـ٢ ص ٢٢٠
وفى الاصطلاح : هى ماوجد فى موضع غير مملوك من مال أو مختص ضائـــع من مالكه بسقوط أو غفلة ونحوها لغير حربى ، ليس بمحرز ولا ممتنـــع بقوته ولا يعرف الواجد مالكه . أهـ مغنى المحتاج جـ٢ ص ٤٠٦ .
وتسمى اللقطة اذا كانت من الحيوان خاصة : ضالة وجمعها ضوال وتسمى أيضا هوامى وهوافى وهوامل . أنظر المغنى جـ٦ ص ٧٣ .
=

................ـ....

= والأصل فى مشروعيتها الكتاب والسنة والاجماع ،
اما الكتاب:فعموم الآيات الواردة فى البر والاحسان (ان الله يأمر بالعدل والاحسان) النحل آية/ ٩٠ . وقوله (وتعاونوا على البر والتقوى) المائدة/ ٢ ونحوها من الآيات .
فان فى أخذ اللقطة لحفظها من الضياع وردها الى صاحبها برّه واحسان اليه .
واما السنة:فما رواه البخارى ومسلم عن زيد بن خالد الجهنى فى الحديث الآتى وقد ذكره المصنف فى المسألة الآتية الآن .
وقد أجمع العلماء على مشروعيتها كذلك . كما فى رحمة الأمة ص ١٨٧ .
واما قول ابن حزم فى المراتب ص ٥٩ : لا اجماع فيها ،لأن من الناس من يرى أخذها ، ومنهم من يرى تركها كلها ، ومنهم من يرى أخذ البعض دون البعض .
فلعل مراد القائلين بتركها أى على سبيل الندب لا الوجوب . أو على غير الأمين .
وقد نقل ابن هبيرة الاجماع أيضا على مشروعيتها فى الجملة . أنظر الافصاح : جـ٢ ص ٦٢ .

(١) المختصر ص ١٣٥ . الأم جـ٤ ص ٦٥ والتى تليها . المنهاج ص ٨٢ .
ومحل عدم الجواز: هو ما اذا نوى تملكه بعد التعريف به . أو كان الملتقط غير القاضى اذ لا ولاية له على مال الغير بخلاف القاضى فى الابل ولغير القاضى التقاطه للتعريف به فى الأصح اذا خشى عليه الضياع . أنظر مغنى المحتاج جـ٢ ص ٤٠٩ .
وبعدم جواز التقاطها يقول الحنابلة أيضا الا أن يكون الملتقط هو الامام أو القاضى اذا التقطها للحفظ .
أنظر: شرح المنتهى جـ٢ ص ٤٧٢ . كشاف القناع جـ٤ ص ٢٣٣ والتى تليها .
المغنى جـ٦ ص ١٠٧ =

وقال أبو حنيفة : يجوز.[٢]

لنا : ماروى زيد بن خالد[٣] أن رجلا أتى النبي صلى الله عليه وسلم فسأله عن اللقطة[٤]

= وأجاز المالكية التقاط البقرة ان كانت فى محل مخوف ، والا فلا ، واما الابل فلا يجوز التقاطها مطلقا . وقيل: ان خاف عليها السراق التقطها للتعريف بها .

أنظر : الشرح الكبير جـ٤ ص ١٢٢ ، وحاشية الدسوقى عليه . الجواهر جـ٢ ص ٢١٩ . شرح المنح جـ٤ ص١٢٧ .

وأجاز ابن حزم التقاط ماعدا الابل القوية القادرة على ورود الماء والكلأ واما البقر والطيور وغيرها فيجوز التقاطها ويعرفها أبدا فان يئس من صاحبها دفعها هو أو الحاكم فى مصالح المسلمين أى بيت المال .

أنظر المحلى جـ٩ ص ١٥٦ .

(٢) الهداية جـ٥ ص ٣٥٤ . التبيين جـ٣ ص ٣٠٥ مجمع الأنهر جـ١ ص ٧٠٦ .

(٣) هو الجهنى ، اختلف فى كنيته ، قيل : أبو زرعة ، وقيل : أبو طلحة ، وقيل : أبو عبد الرحمن ، شهد الحديبية ، وكان معه لواء جهينة يوم الفتح ، روى عن النبي صلى الله عليه وسلم وعثمان وأبى طلحة وعائشة ، وروى عنه ابناه : خالد وأبو حرب ومولاه أبو عمرة وغيرهم ، توفى سنة ثمان وسبعين بالمدينة وله خمس وثمانون سنة ، وقيل : توفى سنة ثمان وستين ، وقيل غير ذلك ، أنظر الاصابة جـ١ ص ٥٦٥ رقم / ٢٨٩٥ .

(٤) قال الأزهرى : اجمع الرواة على تحريك القاف من اللقطة فى هذا الحديث وان كان القياس التسكين .أهـ

نقله عنه ابن حجر فى التلخيص جـ٣ ص ٧٤ . تحت رقم / ١٣٣١ .

فقال : (اعرف عفاصها (٥) ووكاءها (٦) ثم عرّفها سنة ، (٧) فان جاء صاحبها ، والا فشأنك بها ، قال : فضالة الغنم ؟ قال : خذها فانما هي لك أو لأخيك أو للذئب . قال : فضالة الابل ، فغضب رسول الله حتى احمرت وجنتاه (٨) وقال :

---

(٥) فى النهاية جـ٣ ص ٢٦٣ : العفاص - بكسر العين المهملة - الوعاء الذى تكون فيه النفقة ، من جلد أو خرقة أو غير ذلك ، من العفص - بفتح الأول وسكون الثانى - وهو الثنى والعطف .أهـ ويسمى الغلاف .

(٦) الوكاء هو مايشد به الكيس وغيره من الخيط ونحوه .
أنظر اللسان جـ١ ص ٢٠١ .

(٧) ويكون تعريفها فى المجتمعات كأوقات الصلوات على أبواب المسجد لا فى داخله ، وكذا فى الأسواق ، ويكثر من تعريفها فى الموضع الذى لقيها فيه لاحتمال وجود صاحبها ثمة . وله أن يعرفها بالصحف والاذاعة ونحو ذلك من وسائل الاعلام الحديثة فانها أسرع بلاغا وتعريفا .
واذا عرفها فلا يذكر تفصيل وصفها لا يحفظه أحد فيدعيها فتذهب على صاحبها .أنظر المهذب جـ١ ص ٤٣٠ .
ويعرفها كل يوم طرفى النهار لمدة أسبوع ثم كل يوم مرة لمدة اسبوع ، ثم كل اسبوع مرة لمدة شهر ، ثم كل شهر مرة لتمام السنة ، فان لم يأت صاحبها جاز له تملكها بعدها .أنظر شرح المحلى جـ٣ ص ١٢١ .

(٨) تثنية وجنة مثلثة الواو ، فجيم معجمة ساكنة ، وتأتى أيضا على وزن كلمة ، ومحركة ، وهى ماارتفع من الخدين ، أنظر القاموس جـ٤ ص ٢٧٤ .
قال فى المصباح جـ٢ ص ٣٢٤ : والاشهر فتح الواو ، وحكى التثليث ، والجمع وجنات ، مثل سجدة وسجدات .أهـ.

مالك ولها ، معها حذاؤها وسقاؤها ترد الماء وترعى الشجر دعها حتى يأتيها ربها .(٩)

قالوا : ضالة يجوز أخذها للحفظ على صاحبها ،(١٠) فجاز التقاطها ،كالغنم .(١١)

قلنا : السنة فرقت بينهما فلم يصح الجمع ،ولأن فى الحفظ على صاحبها حظا له ،(١٢) لأنه(١٣) ينفق عليها من غير أن يرجع ،(١٤) وفى الالتقاط(١٥)

---

(٩) رواه البخارى جـ٢ ص ٦٣ كتاب اللقطة ،باب اذا لم يوجد صاحب اللقطة بعد سنة فهى لمن وجدها .

ورواه مسلم جـ٣ ص ١٣٤٩ ،كتاب اللقطة ،رقم / ٢٠

ورواه أبو داود جـ٢ ص ١٣٤ كتاب اللقطة ،رقم / ١٧٠٤

ورواه ابن ماجة جـ٢ ص ٨٣٦ كتاب اللقطة ، باب ضالة الابل والبقر والغنم . رقم / ٢٥٠٤ .

ورواه الترمذى جـ٣ ص ٦٥٥ كتاب الأحكام ،باب ماجاء فى اللقطة وضالة الابل والغنم .

رقم / ١٣٧٢ ، ثم قال : حديث حسن صحيح .أهـ.

(١٠) فى نسخة ((ب)) : ربها . / أى ليحفظها لصاحبها أبدا ،حتى يجدها ، ولا ينوى تملكها بعد تعريفها سنة .

(١١) حيث يجوز التقاطه .

بجامع ان كلا ضالة يجوز أخذها للحفظ . أما الاصل فالغنم ،واما الفرع فالابل .

ولما كان حكم الاصل جواز التقاط الغنم ،كان حكم الفرع كذلك فيجوز التقاط الابل أيضا لذلك .

(١٢) أى لصاحبها .أى صاحب الابل .

(١٣) أى الملتقط .

(١٤) زاد فى نسخة ((ب)) : ان يرجع به . / أى من غير أن يأخذ الملتقط مقابل ما انفقة على اللقطة شئ من صاحب المال الملتقط.

(١٥) فى نسخة ((ب)) : وفى الالتقاط لنفسه خلافه .

حظ لنفسه،(١٦) فلا يعتبر احدهما بالآخر.(١٧)

* مسألة (٢٩٤): يجوز للغني الانتفاع باللقطة بعد الحول(١) ./١٨٠ش.

---

(١٦) أى للملتقط ،لانه ينوى بذلك تملكها اذا لم يجد صاحبها بعد تعريفها سنة .

(١٧) أى فلا يصح قياس أخذ الابل بنية الالتقاط على أخذها بنية الحفظ ، للفارق المذكور بينهما .

(١) سقط قوله (بعد الحول) من نسخة ((ب)) ./ أى ويضمنها لصاحبها ان جاء بعده .

أنظر المسألة في : المختصر ص ١٣٥ . الأم جـ٤ ص ٦٧ . مغني المحتاج : جـ٢ ص ٤١٥ .

وهو قول الحنابلة : كشاف القناع جـ٤ ص ٢٤٢ . شرح المنتهى جـ٢ ص ٤٨٠ . وذكر في المغني جـ٦ ص ٧٨ ان حنبل نقل عن الامام أحمد عدم جواز تملكها للغني بعد الحول ثم ذكر أن الخلّال انكره وقال : ليس هذا مذهبا لأحمد .

وبجوازه يقول المالكية أيضا : القوانين ص ٣٧١ . الشرح الكبير جـ٤ص١٢١ فقد قال : وله حبسها بعده أى بعد تعريفها السنة ،أى التصدق بها التصدق بها عن ربها أو نفسه ،أو التملك بأن ينوى تملكها ،فللملتقط هذه الأمور الثلاثة .أهـ ولم يفرق بين المغني والفقير في ذلك . وأنظر شرح المنح جـ٤ ص ١٢٢ فقد نص على التسوية بينهما كما فعل صاحب القوانين أيضا .

واليه ذهب ابن حزم : المحلى جـ٩ ص ١٣٥ .

وقال أبو حنيفة : لا يجوز.[٢]

لنا : ماروى أبي بن كعب[٣] قال : التقطت على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم مائة دينار ، فأخبرت النبي صلى الله عليه وسلم فقال : عرّفها عاما ، فعرفتها ، فقال صلى الله عليه وسلم : اعرف عددها ووكاءها ، ثم استنفع بها ، وكان أبيّ من المياسير.[٤]

---

(٢) ومحله: مالم يأذن له الامام به لانه في محل مجتهد فيه. أي والواجب عليه اذا كان الملتقط غنيا أن يتصدق بها على فقير وان كان زوجته أو ولده أو أبويه أو أن يبقيها الى أن يأتي صاحبها ، فان جاء خيره بين ثواب التصدق بها وبين أن يغرمها له. ومحله : هو ما اذا فات اللقطة ، فان كانت قائمة في يد الفقير كان لمالكها أخذها منه لانها عين ماله ، ولا يرجع بها الفقير على المتصدق.
أنظر: الهداية جـ٥ ص ٣٥٢ و ص ٣٥٩. التبيين جـ٣ ص ٣٠٤. مجمع الأنهر جـ١ ص ٧٠٦ وص ٧٠٨.

(٣) أنظر ترجمته في مسألة رقم (٢١٥) هامش (٩).

(٤) رواه مسلم جـ٣ ص ١٣٥٠ كتاب اللقطة ، رقم الحديث / ٩ من طريق غندر حدثنا شعبة عن سلمة بن كهيل ، قال : سمعت سويد بن غفلة قال : خرجت انا وزيد بن صوحان وسلمان بن ربيعة غازين ، فوجدت سوطا فأخذته ، فقالا لي : دعه ، فقلت : لا ، ولكني أعرّفه ، فان جاء صاحبه والا استمتعت به ، قال : فأبيت عليهما، فلما رجعنا من غزاتنا قضى لي أني حججت . فأتيت المدينة فلقيت أبي بن كعب ، فأخبرته بشأن السوط وبقولهما . فقال : اني وجدت صرة فيها مائة دينار على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فأتيت بها رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : عرفها حولا ، قال : فعرفتها ، فلم أجد من يعرفها ، ثم أتيته ، فقال : عرفها حولا ، فعرفتها فلم أجد من يعرفها ، ثم أتيته فقال : عرفها حولا ، فلم أجد من يعرفها ، =

فان قيل : روى انه قال : (كلها ، فانك ذو حاجة) (٥) .

= فقال : احفظ عددها ووعاءها ووكاءها ، فان جاء صاحبها والا فاستمتع بها ، فاستمتعت بها .
- قال شعبة - فلقيته - أى سلمة بن كهيل - بعد ذلك بمكة ، فقال :- أى جوابا عن سؤال: اقال سويد بن غفلة ثلاثة أحوال أم حولا واحدا - لا أدرى بثلاثة أحوال أو حول واحد . أهـ .
ورواه البخارى جـ٢ ص ٦٥ . كتاب اللقطة ، باب هل يأخذ اللقطة ولا يدعها تضيع حتى لا يأخذها من لا يستحق .
ورواه أبو داود بتمامه جـ٢ ص ١٣٤ كتاب اللقطة . رقم/ ١٧٠١ .
ورواه الترمذى جـ٣ ص ٦٥٨ كتاب الأحكام ، باب ما جاء فى اللقطة . رقم/ ١٣٧٤ بتمامه .
ثم قال : هذا حديث حسن صحيح .
ورواه ابن ماجه بتمامه جـ٢ ص ٨٣٧ كتاب اللقطة ، رقم/ ٢٥٠٦ .
الا أن شعبة رأى سلمة بعد عشر سنين فسمعه يقول : عرفها عاما واحدا .
كما روى ذلك مسلم فى صحيحه جـ٣ ص ١٣٥٠ .
وأما قوله: وكان أبّى من المياسير ، فليس من متن الحديث ، وانما هو من كلام صاحب الهداية أنظرها جـ٥ ص ٣٥٩ ، كما نص على ذلك فى نصب الراية جـ٣ ص ٤٦٩ .
وقد جعله الترمذى من قول الشافعى ، فقال : وقال الشافعى : . . . وكان أبّى كثير المال ، من مياسير أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم . أهـ الترمذى جـ٣ ص ٦٥٧ تحت رقم / ١٣٧٣ .
(٥) رواه أبو يوسف عن عبد الملك بن العرزمى عن سلمة بن كهيل ان أبى بن كعب وذكر الحديث ، وفيه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال له : فانك ذو حاجة اليها .
قال ابن حزم : هذا منقطع، لأن سلمة لم يدرك أبيا ، ثم العرزمى ضعيف جدا ، وأبو يوسف لا يبعد عنه . أهـ المحلى جـ٩ ص١٥١ .
ففيه علل ثلاث ، واحدة منها تكفى لاطراحه ، فكيف بها مجتمعة .

قيل : هذا الحديث رواه عن سلمة بن كهيل (٦) : الأعمش (٧) والثورى (٨) وشعبة (٩) وعبدالله بن الفضل المدنى (١٠) والأعرج (١١) ، وحماد بن سلمة (١٢) ، ولم يذكروا ذلك ،

---

(٦) هو سلمة بن كهيل الحضرمى أبو يحيى الكوفى، رأى ابن عمر. عن جندب وسويد بن غفلة وعنه ابنه يحيى وشعبة وحماد بن سلمة قال ابن المدينى: له نحو مائتين وخمسين حديثا ، وثقه أحمد والعجلى زاد: فيه تشيع قليل مات سنة احدى وعشرين ومائة عن أربع وسبعين سنة. أنظر الخلاصة ص١٤٩.

(٧) هو سليمان بن مهران الكاهلى روى عن عبدالله بن أبي أوفى وعكرمة والتيمى والشعبى وعنه أبو اسحاق والحكم قال ابن المدينى: له نحو ألف وثلثمائة حديث وقال ابن عيينة: كان أقرأهم وأحفظهم وأعلمهم وقال عمرو بن على: كان يسمى المصحف لصدقه وقال العجلى: ثقة ثبت وقال النسائى: ثقة ثبت وعده من المدلسين قال أبو نعيم: مات سنة ثمان وأربعين ومائة عن أربع وثمانين سنة. الخلاصة ص١٥٥.

(٨) هو سفيان بن سعيد ، أنظر ترجمته فى المسألة رقم (٨٨) هامش (٢٩).

(٩) هو ابن الحجاج ، أنظر ترجمته فى المسألة رقم (٢٧٢) هامش (٤٥).

(١٠) هو عبدالله بن الفضل بن العباس بن ربيعة بن الحرث الهاشمى المدنى عن أنس وأبى سلمة وعنه موسى بن عقبة ومالك وثقه أبو حاتم. أنظر الخلاصة ص٢١.

(١١) سقط حرف العطف (الواو) من نسخة ((ب)).
والأعرج: هو عبدالرحمن بن هرمز الهاشمى عن أبى هريرة ومعاوية وأبى سعيد وعنه الزهرى وأبو الزبير وثقه جماعة قال أبو عبيد: توفى سنة سبع عشرة ومائة بالاسكندرية . أنظر الخلاصة ص٢٣٦.

(١٢) هو حماد بن سلمة بن دينار الامام العلم أبو سلمة البصرى عن ابن عمران الجونى وثابت وابن أبى مليكة وعنه مالك وشعبة وسفيان وعارم وكان ثقة له أوهام ، قال أحمد : هو أعلم الناس بحديث خاله حميد الطويل واثبتهم فيه ، وقال ابن معين : هو أعلم الناس بثابت ، وقال ابن المبارك ما رأيت أحدا كان أشبه بمسالك الأول من حماد مات حماد سنة سبع وستين ومائة.
أنظر الميزان جـ١ ص٥٩٥.

فلا يلتفت اليه ،(١٣) ولأن من ملك بالاقتراض استباح بالالتقاط ،كالفقير،(١٤) ولأنه من أهل الالتقاط فكان من أهل الانفاق ،(١٥) كالفقير ،(١٦) ولانه اذا جاز للفقير أن يأكل(١٧) ،فالغنى أولى ،لان ذمته أملى.(١٨) ولأنه(١٩) حكم من أحكام اللقطة ،

---

(١٣) لكونها رواية شاذة ،لمخالفته بها رواية هؤلاء الثقات .
وبين العلماء خلاف فى معنى الشاذ ، هل هو مارواه الثقة مخالفا فيه الثقات ، أم انه روايته مالم يروه الثقات بالثانى قال الشافعى وبالأول قال الحاكم .
أنظر تفصيل ذلك فى توضيح الأفكار جـ١ ص٣٧٧ .

(١٤) حيث يملك بالالتقاط .
بجامع التملك بالاقتراض فى كل من الأصل وهو الفقير ، والفرع وهو الغنى ، ولما كان حكم الاصل جواز تملك الفقير بالالتقاط لجواز تملكه بالاقتراض كان حكم الفرع كذلك فيجوز للغنى التملك بالالتقاط أيضا لذلك .

(١٥) أى انفاق اللقطة على نفسه .

(١٦) حيث يجوز له انفاق اللقطة على نفسه .
بجامع ان كلا من أهل الالتقاط ، اما الاصل فالفقير ، واما الفرع فالغنى ، ولما كان حكم الاصل جواز انفاق الفقير اللقطة على نفسه بعد التعريف لجواز التقاطه لها ، كان حكم الفرع كذلك فيجوز للغنى انفاقها على نفسه أيضا لذلك .

(١٧) أى المال الملتقط.

(١٨) فى نسخة ((ب)) : املأ . / أى فيتمكن بذلك من اعادة قيمتها الى صاحبها اذا جاءها بعد الأكل ،فلا تفوت عليه ،ولا كذلك الفقير.

(١٩) أى انفاق اللقطة بعد التعريف بها .

فاستوى فيه الغنى والفقير كالحفظ والتعريف والتصدق [٢٠] ، ولأن هذا [٢١] جعل بازاء العمل [٢٢] فلم يمنع منه الغنى ، كالغنيمة [٢٣] .

فان قيل : لو كان بازاء العمل لم يضمن [٢٤] ، كالغنيمة [٢٥] .

---

(٢٠) حيث يجوز للغنى حفظها والتعريف بها والتصدق بها أيضا كالفقير.
بجامع ان كلا حكم من أحكام اللقطة ، اما الأصل فالحفظ والتعريف والتصدق .
واما الفرع فالانفاق والأكل .
ولما كان حكم الأصل استواء الغنى والفقير فيه ، كان حكم الفرع كذلك
فيستوى الغنى والفقير فى أكلها وانفاقها أيضا لذلك .

(٢١) أى انفاقها .

(٢٢) وهو حفظها والتعريف بها .

(٢٣) حيث يجوز للغنى الأخذ من الغنيمة أيضا .
بجامع الاعطاء فى مقابل العمل فى كل من الأصل وهو الغنيمة ، والفرع
وهو اللقطة .
ولما كان حكم الأصل جواز أخذ الغنى منها ، كان حكم الفرع كذلك فيجوز
للغنى أكل اللقطة أيضا لذلك .

(٢٤) أى لم يضمنها لصاحبها اذا جاء بعد مضى مدة التعريف بها وقد
انفقها الملتقط أو تصدق بها .

(٢٥) حيث لو تلفت قبل القسمة لم تضمن ، بخلاف اللقطة فانها تضمن بالتلف
قبل الحول .

قيل : هو بازاء العمل بشرط،[٢٦] كما أن الربح بازاء العمل[٢٧] بشـــرط ان يسلم رأس المال .[٢٨]

قالوا : امانة فلا ينتفع به من غير حاجة ،[٢٩] كالوديعة ومال بيت المال .[٣٠]

قلنا : الوديعة لا يجوز للفقير أكلها ، واللقطة يجوز للفقير أكلها ، والوديعة لا يجوز التصدق بها ، ويجوز التصدق باللقطة ،[٣١] ومال بيت المال جعـــل

---

(٢٦) أى وليس مطلقا ، والشرط هو ان لا يأتيها صاحبها فاذا جاءها فهـــو ملكه ، فلا يجوز تملكها بدون رضاه .

(٢٧) أى فى شركة المضاربة .

(٢٨) حتى لا يأخذ المضـــارب من رأس المال شـــيئا ، لأن حقه متعلـــق بالربح فقط ، فاستحقاقه المال فى المضاربة مشروط بتحقق الربـــح ، فكذلك يملك اللقطة بازاء العمل ، بشرط أن لا يأتيها ربها .

(٢٩) أى والغنى ليس فى حاجة اليها .

(٣٠) حيث لا يستحق الغنى منه شيئا .
بجامع ان كلا امانة ، اما الاصل فالوديعة ومال بيت المال ، واما الفرع فاللقطة .
ولما كان حكم الاصل عدم جواز تصرف الغنى فيه ، كان حكم الفرع كذلـــك فلا يجوز للغنى التصرف فى اللقطة بالانفاق والاكل أيضا لذلك .

(٣١) أى فهذان فارقان بين الأصل والفرع فى قياسهم اللقطة على الوديعـــة فى عدم جواز انتفاع الغنى بها ،
والقياس مع الفارق باطل .

للمصلحة (٣٢) ولهذا جعل الى الامام (٣٣) واللقطة جعلت للتملك (٣٤)، ولهذا تجوز لكل واحد (٣٥)، فصار كالاحتشاش (٣٦).

قالوا : ايجاب مال يتعلق (٣٧) بالحول (٣٨)، فاختلف فيه الغنى والفقير، كالزكاة (٣٩).

---

(٣٢) أى مصلحة المسلمين العامة .

(٣٣) لأن تقديرمصالح المسلمين العامة مناطة به .

(٣٤) فى نسخة ((ب)) : للتمليك . / أى لتكون عاقبتها بعد التعريف ملكا للملتقط .

(٣٥) فى نسخة ((ب)) : أحد . / أى يجوز لكل أحد الالتقاط سواء كان غنيا أو فقيرا ، فاذا عرفها سنة ولم يأت صاحبها فللملتقط غنيا كان أو فقيرا الانتفاع بها .

(٣٦) حيث يجوز تملكه لكل واحد .
بجامع ان كلا جعل للتملك ، اما الاصل فالاحتشاش ، واما الفرع فاللقطة ، ولما كان حكم الأصل جواز تملكه لكل أحد غنيا كان أو فقيرا ، كان حكم الفرع كذلك فيجوز للغنى تملك اللقطة بعد الحول أيضا لذلك .

(٣٧) أى الايجاب ، وهو الاعطاء .

(٣٨) اذ لا يجوز للملتقط تملك اللقطة الا بعد الحول ، والزكاة أيضا لا تجب للفقير فى مال الغنى الا بعد مضى الحول .

(٣٩) حيث يختلف فيها الغنى عن الفقير ، فتجب على الغنى لا له ، وتجب للفقير لا عليه .
بجامع ان كلا مال يتعلق ايجابه بالحول ، اما الاصل فالزكاة ، واما الفرع فاللقطة .
ولما كان حكم الاصل استحقاق الفقير لها دون الغنى ، كان حكم الفرع كذلك فيستحق الفقير الانتفاع باللقطة بعد الحول دون الغنى أيضا لذلك .

قلنا : الزكاة مواساة ،[٤٠] فلم يكن الغنى من أهلها ،وهذا[٤١] معاوضة[٤٢] فهو كالقرض .[٤٣]

* مسألة (٢٩٥) : لا يجوز للعبد والفاسق الالتقاط[١] فى أظهر القولين[٢] . / ١٨١ى .

---

(٤٠) من قولك : آساه بماله يواسيه مواساة اذا أناله منه واعطاه ، وجعله فيه اسوة أى مشابها ومماثلا فى التملك ،
قيل : ولا يكون ذلك مواساة الا اذا كان المبذول له المال فى كفاف من العيش ، والا فلا يكون اعطاء المال له مواساة . أنظر القاموس جـ٤ ص٢٩٩ .
وأما قولك : واساه بدل آساه فلغة ضعيفة . أنظر المختار ص ١٧ .

(٤١) أى أخذ اللقطة بعد التعريف .

(٤٢) حيث يأخذ اللقطة فى مقابل مابذله من حفظها والتعريف بها .

(٤٣) حيث يجوز للغنى التملك بالاقتراض كما يجوز للفقير .
بجامع المعاوضة فى كل من الأصل وهو القرض والفرع وهو اللقطة .
ولما كان حكم الاصل جواز تملك الغنى المال بالاقتراض ، كان حكم الفرع كذلك فيجوز له تملكه بالالتقاط أيضا لذلك .
والمراد: اثبات أن بين الاصل والفرع فى قياسهم اللقطة على الزكاة فى عدم تملك الغنى لها ، فارقا ، يبطل به قياسهم المذكور.

(١) سقط لفظ (الالتقاط) من نسخة ((ب)) .

(٢) فى نسخة ((ب)) : الاقوال . /
ومحله فى العبد مالم يأذن له السيد بالالتقاط ،فان اذن له فقد طرد ابن أبى هريرة القولين فيه أيضا ،وقطع غيره بصحة التقاطه اذن .
أنظر شرح المحلى جـ٣ ص ١١٧ .
قال الجلال المحلى : ولو نهاه عنه،قطع الاصطخرى بالمنع ، وطرد غيره =

وقال أبو حنيفة : يجــوز.(٣)

لنا : هو انه ليس من أهل الولاية فى المال ، فأشبه الصبي (٤) ، أو ليس من أهـل

= القولين فيه ، قال فى الروضة : طريقه الاصطخرى أقوى . أهـ شرح المحلى : جـ٣ ص ١١٧ .

واما الفاسق : فالأظهر انتزاع اللقطة منه ووضعها عند أمين ، وقيل : يضـم اليه عدل يشرف عليها . ولا يعتبر تعريف الفاسق فى الأظهر بل يضم اليـه العدل الرقيب .

أنظر : المنهاج ص ٨٢ . الوجيز جـ١ ص ٢٥١ . الأم جـ٤ ص ٦٨ . المختصر ص ١٣٥ .

(٣) حاشية ابن عابدين جـ٣ ص ٣١٩ . اشباه ابن نجيم ص ١٩٢ .

وهو قول الحنابلة ومحلها فى الفاسق : اذا كان يأمن نفسه عليها .

أنظر شرح المنتهى جـ٢ ص ٤٨٠ والتى تليها ، كشاف القناع جـ٤ ص ٢٤٩ . المغنى جـ٦ ص ١٠١ .

وبجواز الالتقاط للعبد يقول المالكية أيضا وليس لسيده منعه منه .

أنظر : الشرح الكبير جـ٤ ص ١٢١ . الجواهر جـ٢ ص ٢١٨ . شرح المنح : جـ٤ ص ١٢٦ .

ويشبه أن يكون هذا قول ابن حزم أيضا لقوله : من وجد مالا فى قرية أو مدينة ... فهو لقطة ... أهـ . المحلى جـ٩ ص ١٣٤ . واداة الشرط من صيـغ العموم .

(٤) حيث لا يجوز له الالتقاط .

بجامع عدم أهلية الولاية فى المال فى كل من الاصل وهو الصبي والفـــرع وهو العبد الفاسق ،

ولما كان حكم الاصل عدم جواز التقاطه ، كان حكم الفرع كذلك فلا يجوز للعبد والفاسق الالتقاط أيضا لذلك .

الشهادة فأشبه المجنون (٥)، ولأن الالتقاط يتضمن ولاية فى الحول (٦)، ومعاوضة فى الذمة بعد الحول (٧)، والفاسق والعبد ليسا (٨) من أهل الولاية (٩) ولا لهما ذمة صحيحة (١٠).

قالوا : يصح ايداعه (١١)، فصح التقاطه ، كالحر العدل (١٢).

---

(٥) حيث لا يجوز للمجنون الالتقاط.
بجامع عدم الأهلية للشهادة فى كل من الأصل وهو المجنون والفرع وهو العبد الفاسق .
ولما كان حكم الأصل عدم جواز التقاطه ، كان حكم الفرع كذلك فلا يجوز للعبد والفاسق الالتقاط أيضا لذلك .

(٦) حيث تكون اللقطة فى حفظه مدة التعريف بها ، وهو الحول .

(٧) حيث اذا جاء صاحبها وقد انفقها الملتقط بعد حول التعريف فعليه مثلها أو قيمتها اذا طالبه بها صاحبها .

(٨) فى الأصل : والفاسق ليس من أهل الولاية ، والعبد ليس من أهل الولاية ، ولا له ذمة صحيحة . أهـ.

(٩) أى على المال .

(١٠) أى فلا يجوز لهما الالتقاط لذلك .

(١١) من اضافة المصدر الى فاعله .

(١٢) حيث يصح التقاطه .
بجامع صحة الايداع من كل ، اما الاصل فالحر العدل ، واما الفرع فالعبد والفاسق .
ولما كان حكم الاصل صحة التقاطه ، كان حكم الفرع كذلك فيجوز لهما الالتقاط أيضا لذلك .

قلنا : الايداع امانة برضا صاحب المال ، والالتقاط امانة بغير رضاه،(١٣) فبنى(١٤) على الاحتياط ، ولهذا(١٥) يصح اقرار الفاسق والعبد على أنفسهما بالحقوق،(١٦) ولا يصح شهادتهما على الغير.(١٧)

قالوا : لو لم يكن العبد من أهل الالتقاط لم يبرأ بالدفع الى السيد.(١٨)

قلنا : لأن للسيد(١٩) عليه ولاية ، فبرئ بالدفع اليه ، كالحر اذا دفع الى الحاكم.(٢٠)

---

(١٣) لأن صاحب المال مجهول لا يعرف فلم يكن له اختيار في وصول اللقطة الى من التقطها . .

(١٤) في نسخة ((ب)) : فيبنى . / أى الالتقاط.

(١٥) أى كون المعاملة مع الغير مبنية على الاحتياط.

(١٦) أى بحقوق الغير المتعلقة بهما . وانما صح ذلك معاملة لهما برضاهما اذ لا يتهمان بالاقرار على أنفسهما بما يضر بهما .

(١٧) اعتبارا برضاه ، لأن نقصان أهلية أداء الشهادة فيهما ، تورث شبهة الكذب فيما يشهدان به ، فلم تصح احتياطا لحقوق الغير.

(١٨) أى والحال انه اذا دفع اللقطة الى السيد فان ضمانها حينئذ يتعلق بالسيد اذا انفقها بعد حول التعريف ثم جاء صاحبها .
أى فبراءته بالدفع اليه دليل على أنه أهل للالتقاط.

(١٩) في الأصل (لان السيد) والصواب ماأثبتناه من نسخة((ب)) .

(٢٠) حيث يبرأ من ضمانها حينئذ .
بجامع ان للمدفوع له ولاية على الدافع في كل من الاصل وهو مااذا دفع الحرّ اللقطة الى الحاكم ، والفرع وهو مااذا دفعها العبد الى السيد . ولما كان حكم الاصل براءته من ضمانها بدفعها للحاكم ، كان حكم الفرع كذلك فيبرأ العبد من ضمانها بدفعها للسيد أيضا لذلك .

* مسألة (٢٩٦) : مايطلب في العادة (١) يجب تعريفه سنة ، ومن أصحابنا من قال : يعرف مازاد على دينار (٢) ./ ١٨١ ى .

وقال أبو حنيفة : يعرف دينارا ولا يعرف مادونه (٣) .

---

(١) أي وان كان دينارا فأقل مالم يكن مما يفتر مالكه عن طلبه في العادة عن قرب .

(٢) الأصح هو ان مايغلب على الظن ان فاقده لا يكثر اسفه عليه ولا يطول طلبه له غالبا لا يجب تعريفه ، قيل : كالدينار ، وقيل: كالدرهم .

أنظر: المنهاج ص ٨٣ . مغني المحتاج جـ٢ ص ٤١٤ . الوجيز جـ١ ص ٢٥٢ . الأم جـ٤ ص ٦٧ .

وذكر في المهذب جـ١ ص ٤٣٠ ثلاثة أوجه في التعريف : يعرف اليسير وغيره ، الثاني : يعرف مازاد على الدينار ، والثالث : مايقطع فيه السارق يعرف ومالا فلا . وقد رجح الأول .

(٣) أي أو دون العشرة دراهم ، بل يعرفها أياما ، واما الدينار أو العشرة دراهم فأكثر فيعرفها سنة ، خلافا لمحمد اذ أوجب التعريف حولا في القليل والكثير .

أنظر الهداية جـ٥ ص ٣٥١ . التبيين جـ٣ ص ٣٠٣ . مجمع الأنهر جـ١ ص ٧٠٥ .

وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى جـ٢ ص ٤٧٢ . كشاف القناع جـ٤ ص ٢٣٢ . المغني جـ٦ ص ٧٦ .

واليه ذهب المالكية : الشرح الكبير جـ٤ ص ١٢٠ . الجواهر جـ٢ ص ٢١٨ . شرح المنح جـ٤ ص ١٢١ .

وذهب ابن حزم الى جواز تملكه ، مع وجوب تعريفه أبدا وان قل . أنظر المحلى جـ٩ ص ١٣٥ و ص ١٣٩ .

لنا : هو انه لقطة تتعلق نفس صاحبها بطلبها ، فأشبه الدينار.(٤)

قالوا : مادون الدينار تافه(٥) ولهذا قالت عائشة(٦) : ماكانت اليد تقطع على عهد رسول الله(٧) فى الشئ التافه(٨) ،

---

(٤) حيث يجب تعريفه .
بجامع تعلق نفس صاحبه به ، فى كل من الاصل وهو الدينار والفرع وهو مادونه ،
ولما كان حكم الاصل وجوب التعريف به ، كان حكم الفرع كذلك فيجب بما دون الدينار أيضا لذلك .

(٥) التافه من الشئ ، هو الحقير واليسير ، تقول تفه الشئ يتفه من باب طرب .
ومنه قوله صلى الله عليه وسلم فى القران : لا يتفه ولا يتشانّ .
أى لا يصير حقيرا ، ولا يخلق بضم الأول وسكون الخاء المعجمة فلام مكسورة ، على كثرة الرد والقراءة ، مأخوذ من قولهم : تشانت القربة أى اختلفت وصارت شنا . أنظر المختار ص ٧٨ .

(٦) أنظر ترجمتها فى المسألة رقم (٥٨) هامش (١٢)

(٧) زاد فى نسخة ((ب)) : صلى الله عليه وسلم .

(٨) الحديث رواه ابن أبى شيبة فى مصنفه، وسنده : حدثنا عبد الرحيم بن سليمان عن هشام بن عروة عن عروة عن عائشة قالت : لم تكن يد السارق تقطع على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فى الشئ التافه . وقد صححه ابن حزم فى المحلى جـ ١٣ ص ٣٩٥ .
ورواه كل من ابن أبى شيبة : حدثنا وكيع عن هشام بن عروة عن أبيه مرسلا .
وعبد الرزاق فى مصنفه . أخبرنا ابن جريج عن هشام به مرسلا جـ ١٠ ص ٢٣٥ رقم ١٨٩٥٦ / باب فى كم تقطع يد السارق .
ورواه اسحاق بن راهوية فى مسنده مرسلا أخبرنا عيسى بن يونس ثنا هشام به .
انظر النصب جـ ٣ ص ٣٦٠ .

فصـــار كالقليـــل .(٩)

قلنا : الخبر يدل على ان التافه لا تقطع فيه اليد ، ولا يدل على أن مالا تقطع فيه اليد تافه ، والدليل عليه : انه روى عن عائشة انها رخصت فى السـوط (١٠) ، وروى انها قالت : (لا بأس بما دون الدرهم ان يستنفع به)(١١) ، والقليـــل لا يعود صاحبه فى طلبه فلا معنى لتعريفه .

---

(٩) حيث لا يجب التعريف به .
بجامع التفاهة فى كل من الاصل وهو الشىء القليل ، والفرع وهو مـادون الدينار .
ولما كان حكم الاصل عدم وجوب تعريفه ، كان حكم الفرع كذلك فلا يجب تعريف مادون الدينار أيضا لذلك .

(١٠) أى فى أخذه اذا التقطه بدون تعريف ، فان السوط ليس بتافه ، ثم لا يجب عليه تعريفه .
والأثر عن عائشة لم أجده فيما بين يدى من كتب التخريج .
الا أن أبا داود روى عن جابر قوله : رخص لنا رسول الله صلى الله عليه وسلم فى العصا والسوط والحبل واشباهه يلتقطه الرجل ينتفع به . أهـ
سنن أبى داود جـ٢ ص ١٣٨ كتاب اللقطة رقم / ١٧١٧ .
قال ابن حجر : فى اسناده ضعف ، واختلف فى رفعه ووقفه . أهـ الفتح : جـ٥ ص ٨٥ . رقم / ٢٤٣٠ .

(١١) لم أعثر عليه فى مظانه .

* مسألة (٢٩٧) : لا تحل[(١)] لقطة الحرم فى أحد الوجهين[(٢)] . / ١٨١ ى .

وقال أبو حنيفة : تحل .[(٣)]

لنا : ماروى ابن عباس[(٤)] أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : (ان هذا البلد حرم الله عز وجل يوم خلق السموات والأرض ، فهو حرام الى يوم القيامة ، لا ينفر

---

(١) فى نسخة ((ب)) : لا تجوز .

(٢) وهو الصحيح منهما ، المنهاج ص ٨٣ . الوجيز جـ١ ص ٢٥٣ .
وذكر فى مغنى المحتاج جـ٢ ص ٤١٧ ان محل ذلك: هو ماذا كانت اللقطة مما يتمول . احترازا عن الحقير ، ومحله أيضا: حرم مكة لا المدينة على رأى جمهور الشافعية خلافا للبلقينى حيث سوى بينهما .
وبوجوب تعريفها أبدا يقول ابن حزم ، فان يئس من مالكها بيقين جعلت فى مصالح المسلمين أى بيت المال . أنظر المحلى جـ٩ ص ١٣٥ .

(٣) الهداية جـ٥ ص ٣٥٦ . التبيين جـ٣ ص ٣٠١ . مجمع الأنهر جـ٢ ص ٧٠٦ .
وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى جـ٢ ص ٤٧٧ . كشاف القناع جـ٤ ص ٢٤٣ .
وذكر فى المغنى جـ٦ ص ٨٢ رواية أخرى انها لا تملك أبدا .
واليه ذهب المالكية فى المشهور من المذهب عندهم ، خلافا للباجى حيث منع تملكها مطلقا .
أنظر: الشرح الكبير جـ٤ ص ١٢١ وحاشية الدسوقى عليه . الجواهر : جـ٢ ص ٢١٨ . شرح المنح جـ٤ ص ١٢٣ .

(٤) أنظر ترجمته فى المسألة رقم (٥٨) هامش (٥٣) .

صيدها ولا يعضد شجرها ولا تحل لقطتها الا لمعرف (٥) .

---

(٥) رواه البخارى جـ١ ص ٣١٥ كتاب الحج ، باب لا ينفر صيد الحرم .
ولفظه : ان الله حرم مكة فلم تحل لاحد قبلى ولا تحل لاحد بعدى ،
وانما احلت لى ساعة من نهار ، لا يختلى خلاها ، ولا يعضد شجرها
ولا ينفر صيدها ، ولا تلتقط لقطتها الا لمعرف - وتمامه :- وقال العباس:
يارسول الله الا الاذخر لصاغتنا وقبورنا فقال : الا الاذخر ، وعن خالد
عن عكرمة قال : هل تدرى مالا ينفر صيدها ، هو ان ينحيه من الظل
ينزل مكانه .أهـ.
ورواه مسلم جـ٢ ص ٩٨٦ كتاب الحج ، باب تحريم مكة وصيدها ، رقم/ ٤٤٥ .
ورواه أبو داود جـ٢ ص ٢١٢ كتاب المناسك ، باب تحريم حرم مكة ، رقم/ ٢٠١٧
ورواه النسائى جـ٥ ص ٢١١ كتاب مناسك الحج ، باب النهى أن ينفر
صيد الحرم .
ورواه الترمذى جـ٣ ص ١٧٣ كتاب الحج ، باب ماجاء فى حرمة مكة ، رقم/ ٨٠٩
عن أبى شريح العدوى ، الا أنه لم يذكر فيه اللقطة .
ثم قال : حديث أبى شريح حديث حسن صحيح .أهـ.
ثم أشار الى حديث ابن عباس فقال : وفى الباب عن أبى هريرة وابن عباس.أهـ
ورواه ابن ماجه جـ٢ ص ١٠٣٨ . كتاب المناسك ، باب فضل مكة ، رقم/ ٣١٠٩
عن صفية بنت شيبة .
قال فى الزوائد : فى اسناده ابان بن صالح ، وهو ضعيف .أهـ نفس الصفحة.
محل الشاهد : قوله : ولا تحل لقطتها الا لمعرف . ولم يوقت فى التعريف بسنة
أو غيرها ، فدل على أنه أراد التعريف على الدوام ، والا فلا فائدة فى تخصيص
مكة بتعريف اللقطة اذن . أنظر مغنى المحتاج جـ ٢ ص ٤١٧ .

قالوا : أخذ[٦] على وجه الامانة ، يجوز فى الحل فجاز فى الحرم ، كالوديعة.[٧]

قلنا : لا يمتنع أن يجوز[٨] فى الحل ، ولا يجوز فى الحرم ، كالصيد والاحتشاش،[٩]

ولأنه[١٠] مخالف للسنة[١١] فلم يقبل.[١٢]

* مسألة (٢٩٨) : اذا لم يشهد على الالتقاط لم يضمن[١] ١٨١/٠ ش.

---

(٦) فى نسخة ((ب)) : أخذ مال .

(٧) حيث يجوز أخذها فى الحرم والحل .

بجامع الاخذ على وجه الامانة ، فى كل من الاصل وهو الوديعة ، والفرع وهو لقطة الحرم .

ولما كان حكم الاصل جواز أخذ الوديعة للحفظ فى الحل والحرم ، كان حكم الفرع كذلك فيجوز تملك اللقطة بعد التعريف سنة فى الحل والحرم أيضا لذلك .

(٨) أى الشئ الواحد بعينه .

(٩) اذ يجوز فى الحل ويحرم فى الحرم .

(١٠) أى اباحة لقطة الحرم بعد التعريف .

(١١) يعنى فى تخصيص تحريم اللقطة الا للتعريف بها فى الحرم .
كما فى حديث ابن عباس المذكور.

(١٢) اذ لا قياس مع النص ، لانه يكون فاسد الاعتبار .

(١) أى فيما اذا وجد لقطة ونوى تعريفها لا تملكها ، ولم يشهد على تلك النية، وتلفت اللقطة ، فانه لا يضمنها لانه بذلك صار أمينا اذ نيته ايصالها الى مالكها لا تملكها بعد التعريف . والأمين لا يضمن كالمستودع.
بل ولو نوى التملك لا يضمن أيضا عند الشافعية على المذهب ، الا أنه يستحب له الاشهاد ، وقيل يجب .

=

وقال أبو حنيفة : يضـــمن .(٢)

لنا : انــــه(٣) امانة فلم يفتقر الى الاشهاد ،كسائر الامانات.(٤)

= أنظر: المنهاج ص٨٢. مغنى المحتاج جـ٢ ص٤٠٧. الوجيز جـ١ص٢٥١.

وبسنية الاشهاد يقول الحنابلة أيضا وذلك يقتضى عدم الضمان بالتلف .

أنظر: شرح المنتهى جـ٢ ص٤٧٨. كشاف القناع جـ٤ ص٢٤٤. المغنى : جـ٦ ص٨٤.

واليه ذهب المالكية فلا يضمن ان لم ينو تملكها بل نوى تعريفها ابدا ،سواء اشهد أ ولم يشهد .

أنظر: القوانين ص٣٧١ . الشرح الكبير جـ٤ ص١٢١. شرح المنح جـ٤ص١٢٣.

(٢) خلافا لأبى يوسف حيث قال : لا يضمن .

أنظر : الهداية جـ٥ ص٣٤٩. التبيين جـ٣ ص٣٠٢

وذكر فى حاشية الشلبي عليه أن قول محمد كقول أبى يوسف أيضا كما ذكـر فى شرح الاقطع ، واليه ذهب الطحاوى .

مجمع الأنهر جـ٢ ص٧٠٤.

ويشبه أن يكون هذا قول ابن حزم أيضا .أنظر المحلى جـ٩ ص١٣٤.

(٣) فى نسخة ((ب)) : هو أنه . / أى حفظ اللقطة .

(٤) كالوديعة والعارية ونحوها ، حيث لا تفتقر الى الاشهاد .

بجامع انه عقد امانة ،فى كل من الأصل وهو سائر عقود الامانات والفـــرع وهو اللقطة .

ولما كان حكم الاصل عدم وجوب الاشهاد فيه ،كان حكم الفرع كذلك فلا يجب الاشهاد على اللقطة أيضا لذلك .

احتجوا : بقوله (من وجد لقطة فليشهد عليها ذوى عدل ، ولا يكتم ولا يغيب) (٥).

قلنا : نحمله على الاستحباب (٦).

قالوا : اذا لم يشهد فالظاهر انه أخذها لنفسه (٧) ، فضمن (٨).

---

(٥) رواه أبو داود جـ٢ ص ١٣٦ ، كتاب اللقطة ، رقم/ ١٧٠٩ عن عياض بن حمار مرفوعا : من وجد لقطة فليشهد ذا عدل ، أو ذوى عدل ، ولا يكتم ولا يغيب ، فان وجد صاحبها فليردها عليه ، والا فهو مال الله عز وجل يؤتيه من يشاء . أهـ
ورواه ابن ماجه جـ٢ ص ٨٣٧ كتاب اللقطة ، باب اللقطة ، رقم/ ٢٥٠٥ .
ورواه البيهقى جـ٦ ص ١٨٧ كتاب اللقطة ، باب اللقطة يأكلها الغنى والفقير .
قال فيه ابن حجر : صححه ابن خزيمة وابن الجارود وابن حبان . أهـ بلوغ المرام ص ١٧٣ رقم/ ٨٠٠ .

(٦) وقد ذكر عميرة جـ٢ ص ١١٦ أن الصارف له عن الوجوب هو عدم الامر به فى حديث زيد بن خالد مرفوعا : اعرف عفاصها ووكاءها ثم عرفها سنة ، فان جاء صاحبها والا فشأنك بها . أهـ رواه البخارى جـ٢ ص ٦٣ كتاب اللقطة ، باب اذا لم يوجد صاحب اللقطة بعد سنة ، فهى لمن وجدها ، وأنظر تمام تخريجه فى المسألة الأولى من مسائل اللقطة هنا .

(٧) أى ليتملكها بعد التعريف بها سنة .

(٨) لانها بهذه النية لم تعد عنده امانة لصاحبها ، بل يحفظها لتصير اليه هو بعد التعريف ، وذلك يزيل عنها معنى الامانة الذى يسقط عنه بها الضمان ، مالم يفرط . فوجب عليه ضمانها بالتلف لذلك .

قلنا : بل الظاهر انه أخذها (٩) على موجب الشرع ، (١٠) ثم يبطل بالوديعة (١١) وأخذ مال اليتيم . (١٢)

---

(٩) فى الاصل (انه أخذ) بلاهاء .

(١٠) وهو أن يحفظها لصاحبها مدة التعريف ، لا ان يحفظها لنفسه ، ويحمل حال الناس فى الأصل على مقتضى الشرع مالم يثبت من ظاهر أعمالهم خلاف ذلك . لأن المحاسبة على النوايا ليست من شأن البشر مالم تقترن النية بعمل الجوارح ، ولذلك ورد فى الحديث : ان الله تجاوز لامتى ما حدثت به أنفسها مالم يتكلموا أو يعملوا به . أهـ رواه مسلم عن أبى هريرة مرفوعا ، جـ١ ص ١١٦ كتاب الايمان ، باب تجاوز الله عن حديث النفس . رقم / ٢٠١ .

(١١) حيث لا يجب الاشهاد عليها ، واذا تلفت لا يضمنها مالم يفرط أو يتعدى مع ان الظاهر منها انه أخذها لنفسه .

(١٢) فى نسخة ((ب)) : مال الغير . / وهو خطأ من الناسخ .

والمراد بأخذ مال اليتيم حيازته للولاية أو الوصاية عليه ، حيث لا يجب الاشهاد عليه ، وكذا لا يجب الاشهاد على مايرد على مال اليتيم من مال أيضا مع أن الظاهر من تسلم الوديعة وأخذ مال اليتيم انه يأخذ لنفسه ، فبطل ما جعلوه علة فى ايجاب الاشهاد على اللقطة لوجودها فى الوديعة وأخذ مال اليتيم ، ثم تخلف الحكم عنها حيث لا يجب الاشهاد فى الوديعة وأخذ مال اليتيم أى فهى علة قاصرة .

* مسألة(٢٩٩) : اذا ردّ اللقطة الى مكانها، [(١)] ضمن [(٢)] ٠/ ١٨١ش.

---

(١) أى بعد أن أخذ ها منه . ثم ضاعت بعد الرد اليه .

(٢) الأم جـ٤ ص ٦٩ . شرح المحلى جـ٣ ص ١١٨ . مغنى المحتاج جـ٢ ص ٤٠٩ .

وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى جـ٢ ص ٤٧٤ . كشاف القناع جـ٤ ص ٢٣٧

المغنى جـ٦ ص ٨٨ .

وفرق المالكية بين أن يأخذ ها ليحفظها ويعرفها ، وبين ان يأخذ ها ليسأل رفقته هل فيهم مالكها أم لا ، ثم يعيد ها . ويسمى بالتعريف الحكمى ، والأول يسمى التعريف الحقيقى .

ففى الحالة الأولى : اذا أخذ ها ثم رد ها بعد وقت قصير الى مكانها أو غيره فثمة قولا ن فى وجوب الضمان عليه وعد مه اذ ا تلفت بعد الرد . الأول لابن القاسم والثانى لأشهب .

وفى الحالة الثانية : اذا رد ها بعد وقت قصير فلاضمان عليه قطعا اذ ا تلفت بعد الرد ، والا بان تأخر فى رد ها ضمن قطعا سواء أخذ ها للحفظ أم لا .

أنظر : الشرح الكبير جـ٤ ص ١٢١ وحاشية الدسوقى عليه . الجواهر : جـ٢ ص ٢١٨ . شرح المنح جـ٤ ص ١٢٥ . القوانين ص ٣٧١ .

ومحل هذا التفصيل: هو ماذا كان أخذ اللقطة فى حال الكراهة وهو ما اذا لم يخف عليها من خائن وعلم امانة نفسه أو شك فيها .

واما فى الالتقاط الواجب فيضمنها برد ها قطعا سواء رد ها من قرب أو بعد اتفاقا لتركه الواجب .

ومحله أيضا : مالم تكن اللقطة فى الحرم حيث يجب رد ها قطعا .

وقال أبو حنيفة : لا يضمـــن .(٣)

لنا : هو انه ترك مال الغير فى مضيعة،(٤) من غير رضا صاحبه ،فضمنـــه ، كما لو رد الى مكان آخر،(٥) أو موضع لو رد اليه ماأخذ(٦) لنفسه لم يبرأ مــــن الضمان ،فاذا رد اليه ماأخذه لصاحبه(٧) لزمه الضمان ،كيد الغاصب .(٨)

---

(٣) أى اذا أخذها ليعرفها ، فان أخذها ليأكلها ثم اعادها وتلفت وجـــب الضمان عليه ، مالم يردها الى صاحبها . وذهب زفر الى أنه يبرأ بردهـا وان أخذها ليأكلها ، ومحله،مالم يتحول عن مكانها الذى وجدها فيـــه ، والا ضمن .

أنظر: فتح القدير جـ٥ ص ٣٥٠ . حاشية الشلبي على التبيين جـ٣ص٣٠٢ . المبسوط جـ١١ ص١٣ . مجمع الأنهر جـ١ ص٧٠٥ .

ولم أقف على قول ابن حزم .

(٤) لتعرض اللقطة بردها ليد خائن .

(٥) حيث يجب عليه به الضمان .

بجامع ترك مال الغير فى مضيعة ،فى كل من الاصل وهو مالو رد اللقطـــة الى غير مكانها ، والفرع وهو مالو ردها الى مكانها .

ولما كان حكم الاصل وجوب الضمان عليه به ، كان حكم الفرع كذلك فيجـــب عليه الضمان بردها الى مكانها أيضا لذلك .

(٦) فى نسخة ((ب)) : ماأخذه لنفسه . / أى ليتملكه بعد التعريف ،لا ليحفظه أبدا لصاحبه .

(٧) أى ليعرفه لصاحبه أبدا .

(٨) حيث يجب عليه الضمان بتلف المغصوب تحت يده .

بجامع الأخذ لنفسه ،فى كل من الاصل وهو يد الغاصب والفرع وهو يـــد الملتقط ، ولما كان حكم الاصل وجوب الضمان عليه بتلفه ،كان حكم الفـــرع كذلك ، فيجب على الملتقط الضمان اذا أخذ اللقطة ثم ردها الى مكانهـــا أيضا لذلك .

قالوا : من اذن له فى أخذ امانة لم يضمن بالرد (٩) كالوديعة.

قلنا (١٠) : يبطل بمن خلّص مال غيره من الغرق ثم ردّه الى موضعه (١١) ومن أخذ مال غيره باذنه من غيره (١٢) ثم رده الى من أخذ منه (١٣) ، والوديعة لو أخذها لنفسه (١٤) برئ بالرد الى صاحبها ، وهاهنا (١٥) لم يبرأ (١٦) به (١٧).

---

(٩) حيث لا يضمنها اذا تلفت بعد ردها.
بجامع الاذن له بأخذ الامانة فى كل من الاصل وهو الوديعة والفرع وهو اللقطة.
ولما كان حكم الأصل عدم ضمانها بالتلف بعد ردها ، كان حكم الفرع كذلك فلا يجب الضمان على الملتقط بردها الى مكانها أيضا لذلك.

(١٠) من هنا الى قوله (قلنا) فى المسألة الآتية ساقط من نسخة ((ب)).
فاختلطت بذلك المسألتان اختلاطا يعسر معه التمييز بينهما لولا المقابلة مع الأصل.

(١١) حيث لا يزول عنه الضمان به اذا تلف ، الا برده الى صاحبه.

(١٢) أى من غير صاحب المال.

(١٣) أى لا الى صاحب المال ، حيث يضمنه اذا تلف مالم يسلمه لصاحب المال لتعلق المال به هو لكونه المالك له ، دون من كان المال عنده.

(١٤) بأن خان صاحبها ، فنوى تملكها.

(١٥) أى فى اللقطة.

(١٦) غير واضحة فى الأصل. ورسمها فيه هكذا : لم يبروى.
أى وبهذا الفارق بين الاصل والفرع فى قياسهم اللقطة على الوديعة ، يبطل قياسهم المذكور.

(١٧) أى بالرد الى الموضع.

* مسألة (٣٠٠) : اذا وجد لقطة وهو أمين وجب عليه الأخذ في أحد القولين[(١)] . / ١٨١ش.

وقال أبو حنيفة : لا يجب .[(٢)]

---

(١) الا أن الأظهر عدم الوجوب ، بل يستحب له ذلك ، ومحل الاستحباب: هو ما اذا لم يغلب على ظنه ضياعها بتركها ، والا وجب . كما في القليوبي جـ٣ ص ١١٦.

أنظر : المختصر ص ١٣٥ . الأم جـ٤ ص ٦٦ . الوجيز جـ١ ص ٢٥٠ . المنهاج ص ٨٣ .

وبوجوب الأخذ يقول المالكية أيضا ، ومحله : اذا كان أمينا وخاف عليها الوقوع في يد خائن ، والا بان كان غير أمين فلا يجوز له الأخذ وان خاف عليها يد خائن ، ويكره له الأخذ اذا لم يخف عليها يد الخائن ، سواء علم أمانة نفسه أو شك فيها .

أنظر: الشرح الكبير جـ٤ ص ١١٩ . الجواهر جـ٢ ص ٢١٨ . شرح المنح : جـ٤ ص ١١٩ والتي تليها .

وبوجوب أخذها يقول ابن حزم أيضا : المحلى جـ٩ ص ١٣٤ .

(٢) أي بل يستحب ، ومحله : مالم يخف عليها الضياع ، والا وجب .

أنظر: الهداية جـ٥ ص ٣٤٩ . التبيين جـ٣ ص ٣٠١ . المبسوط جـ١١ ص٢ .

وذهب الحنابلة الى أن الأفضل تركها وان أمن نفسه عليها أو خاف عليها الضياع .

أنظر: شرح المنتهى جـ٢ ص ٤٧٤ . كشاف القناع جـ٤ ص ٢٣٧ . وذكر في المغني جـ ٦ ص ٧٣ عن أبي الخطاب ان الأولى أخذها ان أمن نفسه عليها وخاف عليها الضياع ، وروى عنه أيضا انه يجب عليه أخذها .

لنا : هو أن من أجيز له أخذ مال الغير للحفظ من غير اذنه [٣] وجب عليه ،كالوصي والحاكم. [٤]

قالوا : امانة فلا يجب عليه أخذها ،كالوديعة. [٥]

قلنا : يبطل بما قسنا عليه، [٦] والوديعة ينفذ فيها أمر صاحبها ، ونهيه [٧] ،وهذا [٨] لا ينفذ فيه أمره [٩] ولا نهيه، [١٠] فهو كمال الصبي. [١١]

---

(٣) أي اذن صاحب المال . بان كان صغيرا أو سفيها أو معتوها سواء تعرض المال للتلف على يد صاحبه أو غيره .

(٤) حيث يجب عليهما حفظ مال الموصى عليه والرعية .

بجامع جواز أخذ مال الغير للحفظ من غير اذنه ، في كل من الأصل وهو الوصي والحاكم والفرع وهو الملتقط .

ولما كان حكم الاصل وجوب أخذ المال لحفظه للموصى عليه والرعية كان حكم الفرع كذلك فيجب على واجد اللقطة أخذها لحفظها لصاحبها أيضا لذلك .

(٥) حيث لا يجب عليه قبول الوديعة لحفظها لصاحبها .

بجامع الامانة في كل من الاصل وهو الوديعة والفرع وهو اللقطة .

ولما كان حكم الاصل عدم وجوب أخذها ليودعها عنده ، كان حكم الفرع كذلك فلا يجب عليه أخذ اللقطة لحفظها من الضياع أيضا لذلك .

(٦) وهو الوصي والحاكم . حيث يجب عليهما أخذ مال الموصى عليه والرعية لحفظها مع كونها أمانة عندهما .

(٧) أي بان يطلب من الوديع التصرف في الوديعة على نحو معين . لانها ماله فله المطالبة بحفظها على النحو الذي يبعد عنها الغوائل .

(٨) أي المال الملقوط. (٩) أي أمر صاحب المال الملتقط .

(١٠) لان صاحبه غير معروف، فليس له على الملتقط أمر ولا نهي .

(١١) حيث يجب على الموصي أخذ ماله للحفظ .

=

* مسألة (٣٠١) : اذا عرفها حولا ملك في أحد الوجهين بغير اختياره(١) وملك بالتملك(٢) في الوجه الآخر(٣) . / ١٨١ ش.

= بجامع عدم نفاذ أمره ونهيه في ماله ، في كل من الأصل وهو مال الصبي ، والفرع وهو المال الملقوط .
ولما كان حكم الاصل وجوب أخذه على الوصي لحفظه للصبي ، كان حكم الفرع كذلك فيجب على واجد اللقطة أخذها حفظا لها على صاحبها من الضياع أيضا لذلك .

(١) أي فتدخل في ملكه بمجرد مضي حول التعريف ، وان لم ينو أو يقول : تملكتها .

(٢) في نسخة ((ب)) : بالتمليك .

(٣) بأن يقول : تملكتها ونحوه ، وثمة قول ثالث : انها تدخل في ملكه بنية التملك وان لم يتلفظ . وذكر الغزالي قولا رابعا : انه لا يملكها الا بأن يتصرف فيها تصرفا مزيلا للملك ، أي ملك صاحبها .
والذي قدمه في المنهاج انه لا يتملكها حتى يختار التملك باللفظ كتملكت.
والذي ذكره في الأم جـ ٤ ص ٦٦ والمختصر ص ١٣٥ انه يتملكها بمضي السنة ، أي بغير اختياره .
وأنظر المنهاج ص ٨٣ . الوجيز جـ١ ص ٢٥٣ .
وبدخولها في ملكه بغير اختياره يقول الحنابلة أيضا .
أنظر : شرح المنتهى جـ٢ ص ٤٧٦ والتي تليها . كشاف القناع جـ٤ ص ٢٤٢ .
وذكر في المغني جـ٦ ص ٧٩ من أبي الخطاب انها لا تدخل في ملكه حتى يختار تملكها .
وذهب المالكية الى أنه يتملكها بعد مضي الحول بالتملك .
أنظر : الشرح الكبير جـ٤ ص ١٢١ . الجواهر جـ٢ ص ٢١٨ . شرح المنح جـ٤ ص ١٢٢ .
ويتملكها بمضي الحول يقول ابن حزم أيضا : المحلى جـ٩ ص ١٣٥ .

وقال أبو حنيفة : لا تملك.(٤)

لنا : انه مال ابيح له تناوله بغير اذن مالكه ،فملكه،(٥) كالركاز.(٦)

---

(٤) أى بل يتصدق بها ،فان جاءصاحبها خيره بين اجر الصدقة بها وبين ضمانها له ، وان شاء صاحبها ضمن المسكين اذا هلكت في يده والا بان كانت قائمة في يده فله أخذها منه .

أنظر: الهداية جـ٥ ص ٣٥٢. التبيين جـ٣ ص ٣٠٤. مجمع الأنهر جـ١ص٧٠٨.

(٥) أى من غير تمليك .

(٦) بكسر الراء المهملة ،آخره زاى معجمة ، هو مدفون أهل الجاهلية من الكنوز والأموال ، وهذا عند أهل الحجاز ، واما عند أهل العراق فهو المعادن مطلقا ، واللغة تحتمل هذا وذاك .لان كلا منهما مركوز وثابت في الأرض تقول : ركزه يركزه ركزا اذا دفنه ، واركز الرجل اذا وجد الركاز ،والمراد في الحديث (وفي الركاز الخمس) مدفون أهل الجاهلية من الكنوز.

أنظر النهاية جـ٢ ص ٢٥٨. وأنظر المصباح جـ١ ص ٢٥٤.

والمراد:انه يملك الركاز من غير تمليك من أحد ، لأن الشرع اذن له فيه .

بجامع اباحة تناوله من غير اذن المالك في كل من الاصل وهو الركاز والفرع وهو المال الملقوط .

ولما كان حكم الاصل دخوله في ملك الواجد من غير تمليك ، كان حكم الفرع كذلك فتدخل اللقطة في مال الملتقط بمرور الحول بدون تمليك أيضا لذلك .

قالوا : مال لا يملكه قبل الحول ، فلا يملكه بعد الحول ، كالوديعة.(٧)

قلنا : قبل الحول لا يملك التصرف فيه ،(٨) بالاكل والصدقة ، وبعده يملك ، والوديعة لا يملك التصرف فيها ، في الحالين ، فلم تملك.(٩)

* مسألة (٣٠٢) : لا يستحق الجعل(١) في رد الابق(٢) من غير شرط.(٣) / ١٨١ ش

وقال أبو حنيفة : ان رده من سيرة ثلاثة أيام وهو يساوى أكثر من أربعين

---

(٧) حيث لا يملكها وان انتهت مدة الايداع ولم يأخذها صاحبها.
بجامع ان كلا مال لا يملك قبل انتهاء مدة حفظه ، اما الاصل فهو الوديعة واما الفرع فهو اللقطة.
ولما كان حكم الاصل عدم تملك الوديعة بعد انتهاء مدة الايداع ولم يأخذها المودع كان حكم الفرع كذلك فلا يملك الملتقط المال بعد الحول أيضا لذلك.

(٨) أي في المال الملقوط.

(٩) بالبناء للمفعول . أي الوديعة.
والمراد : اثبات أن بين الوديعة واللقطة فارقا ، فلا يصح قياسها عليها لذلك.

(١) بضم فسكون وقيل غير ذلك وسيأتي بيانه في الجعالة ، وهو اسم لما يجعل للانسان على فعل شئ.

(٢) أي العبد الهارب من سيده ، تقول : أبق بفتح الباء ، يأبق بكسر الباء وضمها ، أنظر المختار ص٢.

(٣) أي من غير أن يقول سيد الابق : من رد عليّ عبدي الابق من مكان كذا فله كذا وكذا.
أنظر المسألة : الأم جـ٤ ص٦٩ . المختصر ص١٣٦ . شرح المحلى جـ٣ ص١٣٠.

درهما استحق أربعين ، وان رده من دون ثلاثة أيام رضخ له[٤] ، وان كان قيمته أربعين فما دونه نقص مما يساوى[٥] درهما .[٦]

---

(٤) أى اعطاه قليلا ، وبابه قطع . وأصل الرضخ الشدخ ، ويطلق الرضخ أيضا على الدق والكسر . وأنظر النهاية جـ٢ ص ٢٢٨ . والمختار ص ٢٤٥ .

(٥) أى من ثمن العبد .

(٦) كل هذا استحسان ، والقياس أن لا يجوز الا بشرط . الا أن أبا يوسف لا ينقص مما قيمته أربعين فما دونه درهما .
أنظر : الهداية جـ٥ ص ٣٦١ ومابعدها . التبيين جـ٣ ص ٣٠٨ . مجمع الأنهر جـ١ ص ٧١٠ .

وذهب الحنابلة الى استحقاق الجعل برد الابق من غير شرط ، فاذا رده من خارج البلد فله أربعون درهما ، والا فله دينار أو اثنى عشر درهما ، وعن الامام رواية أخرى انه لا يستحق الجعل برده من غير شرط .
أنظر : شرح المنتهى جـ٢ ص ٤٦٨ والتى تليها ، كشاف القناع جـ٤ ص ٢٢٥ . المحرر جـ١ ص ٣٧٢ ، المغنى جـ٦ ص ٩٧ .
وباستحقاقه من غير شرط يقول المالكية أيضا ، أى وله جعل المثل زاد عن المسمى أو نقص .
ومحله اذا كان الراد معروفا برد الابق ومعتادا عليه ، والا فله ماأنفقه فى رده فقط .
أنظر : الشرح الكبير جـ٤ ص ٦٤ والتى تليها ، الجواهر جـ٢ ص ١٠٢ . شرح المنح جـ٤ ص ٨ .
وذهب ابن حزم الى عدم لزوم الجعل برد الابق مطلقا ، سواء بشرط أو بغير شرط لمعين كقوله لزيد ان جئتنى بعبدى الابق فلك كذا ، أو لغير معين كقوله : من جاءنى بعبدى الابق فله كذا ، لانه وعد ولكن يستحب له الوفاء به ، وانما يلزم اذا استأجره لذلك باجر معلوم أو وقت معلوم أو مكان معلوم . أنظر المحلى جـ٩ ص ٤٠ .

لنا : (٧) انه عمل لغيره عملا لم يشترط له عليه جعلا فأشبه رد الضالة (٨) ، ولأن الضالة أقرب الى الضياع من العبد ، لأنه يندم لخوف الله تعالى ، وللمودة (٩) ، ويهتدى ، (١٠) بخلاف البهيمة ، (١١) فاذا لم يجب (١٢) في البهيمة (١٣) ففي العبد (١٤) أولى .

فان قيل : (١٥) البهيمة لا يثبت لها يد على نفسها ، (١٦) والعبد تثبت يده على نفسه ، (١٧)

---

(٧) في نسخة ((ب)) : هو انه ./ أى من رد الابق على سيده .

(٨) حيث لا يستحق عليه اجرا بغير شرط .

بجامع ان كلا عمل عملا لم يشرط له عليه جعل ، اما الاصل فرد الضالة ، واما الفرع فرد الابق .

ولما كان حكم الاصل عدم لزوم الاجر فيه من غير شرط ، كان حكم الفرع كذلك فلا يجب الجعل في رد الابق من غير شرط أيضا لذلك .

(٩) أى التى كانت بينه وبين السيد .

(١٠) أى اذا أراد العودة للسيد .

(١١) أى فان تلك المعاني ليست موجودة فيها ، فلا تأخذ حكم العبد .

(١٢) أى الجعل .

(١٣) أى بغير شرط .

أى مع كونها لا تهتدى لو أرادت العودة الى صاحبها .

(١٤) في نسخة ((ب)) : ففي الصيد ./ وهو تحريف .

(١٥) أى في محاولة لابطال قياس رد الابق على رد البهيمة باثبات الفارق بينهما .

(١٦) أى ولذلك لم يستحق الجعل على ردها من غير شرط اذا ضلت .

(١٧) أى فيستحق الجعل برده اذا ابق من غير شرط ، لانه يكون قد انتزع العبد من ملكه نفسه الى ملك سيده له .

فاذا رده صار كأنه جدد له ملكه عليه .

قيل : اذا ثبت رقه لم يثبت (١٨) له يد على نفسه ، (١٩) ولهذا لو أقر (٢٠) لغير مولاه لم يقبل اقراره (٢١) فلا فرق بينه وبين البهيمة . ولان مالا يجب فى رد الضالة (٢٢) لم يجب فى رد الابق ، كنفقة الطريق ، (٢٣) ولانه تخليص مال الغير من الهلاك فأشبه تخليصه من الغرق ، (٢٤) ولانه لو استحق البدل من غير شرط لزاد بزيادة

---

(١٨) سقط قوله (لم يثبت) من نسخة ((ب)) .

(١٩) لانه بالرق صار ملكا لسيده ، فزالت يده عن نفسه بذلك .

(٢٠) أى بالرق .

(٢١) لانه لا يملك أمر نفسه ، فلا يملك الاقرار بها لغير سيده .

(٢٢) وهو عدم دفع الجعل لمن ردها بغير شرط .

(٢٣) حيث لا يجب على السيد ما أنفقه الرادّ فى الطريق من المكان الذى ابق اليه العبد الى مكان السيد من غير شرط .

بجامع عدم وجوبه فى رد الضالة ، فى كل من الاصل وهو نفقة الطريق ، والفرع وهو الجعل .

ولما كان حكم الاصل عدم وجوب نفقة الطريق لمن رد الابق من غير شرط كان حكم الفرع كذلك فلا يجب الجعل برد الابق من غير شرط أيضا لذلك .

(٢٤) حيث لا يستحق الجعل عليه بدون شرط .

بجامع ان كلا تخليص مال الغير من الهلاك ، اما الاصل فهو تخليص مال الغير من الغرق ، واما الفرع فرد العبد الابق .

ولما كان حكم الاصل عدم استحقاق الجعل عليه بلا شرط ، كان حكم الفرع كذلك فلا يستحق الجعل برد العبد الابق من غير شرط أيضا لذلك .

العمل [٢٥]، كسائر المتلفات [٢٦].

احتجوا : بما روى عمرو بن دينار [٢٧] أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : (فى الابق أربعون درهما) [٢٨]

---

(٢٥) أى والحال انه لا يزيد الجعل بزيادة العمل ، فدل على أنه لا يستحقه من غير شرط .

(٢٦) حيث يزيد بدلها ، بزيادة الصناعة فيها .

(٢٧) هو عمرو بن دينار الجمحى عن العبادلة وكريب ومجاهد وعنه قتادة ، وأيوب وشعبة ، قال ابن المدينى له خمسمائة حديث ، قال مسعر: كان ثقة ثقة قال الواقدى: مات سنة خمس عشرة ومائة وقال ابن عيينة فى أول سنة ست عشرة . أنظر الخلاصة ص ٢٨٨ .

(٢٨) هو من قضاء عمر بن الخطاب ، فيما رواه ابن أبى شيبة من طريق قتادة وأبى هاشم ان عمر قضى فى جعل الابق أربعين درهما . كما فى النصب : جـ٣ ص ٤٧٠ .

وعن ابن مسعود انه جعل فى العبد الابق اذا خرج من المصر أربعين درهما . رواه البيهقى جـ٦ ص ٢٠٠ كتاب اللقطة ، باب الجعالة ، الا أنه من رواية الحجاج بن ارطأة ، قال البيهقى : الحجاج بن أرطأة لا يحتج به . أهـ

وروى ابن أبى شيبة عن وكيع عن أبى اسحاق قال : أعطيت الجعل فى زمن معاوية أربعين درهما . أهـ النصب جـ٣ ص ٤٧١ .

واما ماذكره المصنف ، فلم أجده كذلك ، وانما هو عن عمرو بن دينار أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى فى العبد الابق يوجد فى الحرم بعشرة دراهم . أهـ رواه عبد الرزاق فى المصنف جـ٨ ص ٢٠٧ ، باب الجعل ، رقم / ١٤٩٠٧ .

وهذا مرسل ، عمرو بن دينار لم يدرك النبى مات سنة مائة وخمس عشرة كما فى الخلاصة ص ٢٨٨ لكن وصله البيهقى عن عمرو بن دينار عن ابن عمر قال : قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم . الخ =

قلنا : هو مرسل ،(٢٩) وقال أحمد : لا يصح في الابق خبر.(٣٠) ولانه مخالف للأصول (٣١) فلا يقبل عندهم.(٣٢)

= ثم قال البيهقي : فهذا ضعيف ، والمحفوظ حديث ابن جريح عن ابن أبي مليكة وعمرو بن دينار قالا : جعل رسول الله صلى الله عليه وسلم في الابق يوجد خارجا من الحرم عشرة دراهم .
- ثم قال - : وذلك منقطع .أهـ جـ٦ ص ٢٠٠ كتاب اللقطة باب الجعالة.
واعله ابن حزم بالارسال ولكنه مرسل صحيح عنده ، فقال : ولا مرسل أصح منه . أهـ
المحلى جـ٩ ص ٤٦. الا أن ابن حزم لا يحتج بالمرسل أصلا . أنظر جـ١ ص ٦٥.

(٢٩) لسقوط الصحابي منه . وهو ابن عمر كما جاء موصولا عند البيهقي الا أنه ضعفه كما مرّ معك في تخريجه في الهامش السابق .

(٣٠) نقله عنه ابن منصور فقال : سئل أحمد عن جعل الابق ، فقال : لا أدري ، قد تكلم الناس فيه ، لم يكن عندي فيه حديث صحيح . أهـ شرح المنتهى جـ٢ ص ٤٦٩ ونحوه في المغني جـ٦ ص ٩٧.

(٣١) أي القياس والمعقول ، اذ الاصل ان الاماكن اذا تباعدت زاد الجعل في رد العبد منها ، وبالعكس اذا تقاربت ، والخبر لم يفرق بينهما فكان محل نظر .

(٣٢) ومحل عدم قبوله عندهم اذا كان الراوي معروفا بالعدالة لكنه قليل الفقه ، والا قدم الخبر على القياس ، أنظر كشف الأسرار جـ٢ ص ٣٧٧ باب تقسيم الراوي الذي جعل خبره حجة .

قالوا : احدى المنفعتين (٣٣)، فجاز أن يضمن (٣٤) من غيرشرط ،كالبضع. (٣٥)

قلنا : (٣٦) البذل في البضع (٣٧) يستند الى عقد (٣٨) وها هنا (٣٩) البذل حصل من غير عقد ولا شبهة، (٤٠) فهو كما لو استدخلت ذكر رجل. (٤١)

---

(٣٣) وهى اعادة الابق . والمنفعتان فى الرقيق هما الخدمة ان ذكرا أو انثى ، والوطؤ ان كان انثى .

(٣٤) أى السيد .

(٣٥) حيث يجب المهر فيه على الزوج وان لم يشترط فى العقد .
بجامع انه احدى المنفعتين ، فى كل من الاصل وهو البضع ، والفرع وهو رد الابق .
ولما كان حكم الاصل استحقاق الزوجة اياه من غير شرط ، كان حكم الفرع كذلك فيجب الجعل لمن رد العبد وان لم يشترط أيضا لذلك .

(٣٦) سقط قوله (قلنا البذل فى البضع) من نسخة ((ب)) .

(٣٧) أى بذل المهر.

(٣٨) أى عقد النكاح . لانه موجبه .

(٣٩) أى فى رد الابق من غير شرط.

(٤٠) فلا يستحق به العوض .

(٤١) أى وهو نائم ، حيث لا يجب لها عليه المهر بذلك .
بجامع حصول البذل من غير عقد ولا شبهة عقد فى كل من الاصل وهو مالو استدخلت ذكر رجل نائم ، والفرع وهو مالو رد الابق من غير شرط.
ولما كان حكم الاصل عدم لزوم المهر به ، كان حكم الفرع كذلك فلا يجب على السيد بذل الجعل من غير شرط أيضا لذلك .

=

قالوا : اذا جاز أن تضمن الاعيان (٤٢) من غير عقد ولا شبهة مع بذل المالك (٤٣) وهو في السوم (٤٤) ، جاز مثله في المنافع (٤٥) .

قلنا : البذل في السوم حصل بضمان البدل (٤٦) ، وهاهنا (٤٧) (٤٨) حصل من غير بدل (٤٩) .

= والمقصود : ان قياسهم استحقاق المهر من غير شرط في النكاح على استحقاق الجعل من غير شرط في رد الابق ، قياس مع الفارق ، فيبطل به .

(٤٢) أي فيما اذا اتلفها من هي في يده .

(٤٣) أي تلك الاعيان .

(٤٤) أي فيما اذا دفعها البائع للراغب في شرائها بعد ذكر المشترى الثمن ، ليعرضها على شخص آخر يستشيره في جودتها وثمنها . انظر المصباح جـ١ ص٣١٨ .

فاذا تلفت وهي في يده قبل يردها للمالك تلفت على ضمانه ، مع أنه لم يتم بينهما عقد أصلا ، لا صحيح ولا فاسد .

(٤٥) وهو اعادة العبد الابق الى مالكه ، ليتمكن من وضع يده عليه .
أي فيجب الضمان بعقد وبغير عقد ، في كل من الاصل وهو الأعيان المقبوضة على وجه السوم ، والفرع وهو المنافع في رد العبد الابق .

ولما كان حكم الاصل وجوب ضمانها وان بغير شرط ، كان حكم الفرع كذلك فيجب الجعل برد الابق وان بلا شرط أيضا لذلك .

(٤٦) في نسخة ((ب)) : للبدل ./ والمراد : أن بذل السلعة في السوم حصل بسبب وجوب ضمان البدل على المشترى اذا اتلف السلعة .

(٤٧) أي في حال رد الابق .

(٤٨) أي بذل الجعل من السيد .

(٤٩) أي من غير وجوب بدل عدم الاتيان به على من التزم رد الابق ، فان جاء به فله الجعل والا فلا شئ عليه .

وبهذا فارق البذل في السوم في قياسهم ، والقياس مع الفارق باطل .

قالوا : ماجرت العادة به كالمشروط، (٥٠) والعادة ان لا يرد (٥١) (٥٢) الا بعوض ، فصار كما لو جلس عند حلاق ، فحلق رأسه. (٥٣)

قلنا : قد يرد للثواب (٥٤) وللصداقة (٥٥) وللعوض ، (٥٦) فلا يحمل على العوض وحده (٥٧) والاصل (٥٨) غير مسلم فى أحد الوجوه ، (٥٩) وان سلم

---

(٥٠) أى فيأخذ حكمه . اشارة الى قاعدة : المعروف عرفا كالمشروط شرطا .
أنظر الاشباه لابن نجيم ص ٩٩ .

(٥١) فى نسخة ((ب)) : ألّا . / بالادغام .

(٥٢) بالبناء للمفعول ، وفاعله العبد الابق .

(٥٣) حيث يجب عليه اجرة الحلق .
بجامع جريان العادة به فى كل من الاصل وهو مالو جلس عند حلاق فحلق رأسه ولم يشترط عليه الاجر ، والفرع وهو مالو رد الابق بدون شرط.
ولما كان حكم الاصل وجوب الاجر عليه للحلاق ، كان حكم الفرع كذلك فيجب على السيد بذل الجعل له أيضا لذلك .

(٥٤) أى طلبا للثواب فى الاخرة .

(٥٥) أى مراعاة لحق الصداقة والصحبة . فيخدمه برد الابق من غير جعل .

(٥٦) أى فى مقابل بذل الجهد فى رده .

(٥٧) اذ لا قرينة توجب حمله عليه دون المعنيين الأولين ، والاصل فى المجمل ان لا يعمل به حتى يرد البيان .

(٥٨) وهو وجوب الاجر للحلاق بالجلوس عنده من غير شرط الاجر.

(٥٩) فى المسألة ثلاثة أوجه : الأول : يستحق الاجرة ، والثانى: لا يستحق ، والثالث : ان كان معروفا بذلك العمل والا لم يستحق ، والثانى هو المعتمد . أنظر شرح المحلى جـ٣ ص ٨١ والقليوبى عليه

فلأن هناك امره بالحلق (٦٠) ، فوزانه ان يأمره برد الابق (٦١) وها هنا (٦٢) لم يأمره فهو كما لو حلق رأس انسان ابتداء (٦٣) .

---

(٦٠) أى فوجب عليه الأجر به ، لانه بجلوسه عنده كأنه امره بالحلق لاقتضاء العادة لذلك المعنى فعمل بها .

(٦١) حيث يجب عليه الجعل به .
بجامع وجود الامر به فى كل من الاصل وهو مالو امره برد الابق ، والفرع وهو مالو أمره بحلق رأسه على سبيل العادة بجلوسه عنده .
ولما كان حكم الاصل وجوب الاجر عليه به ، كان حكم الفرع كذلك فيجب عليه الجعل به أيضا لذلك .

(٦٢) أى فى حال رد الابق من غير شرط .

(٦٣) أى فى غير محل الحلاقة وبدون أمره ، حيث لا يجب على المحلوق بذل الاجر له .
بجامع عدم الامر به فى كل من الاصل وهو مالو حلق رأس انسان بدون أمره ، والفرع وهو مالو رد الابق من غير شرط .
ولما كان حكم الاصل عدم وجوب الاجر عليه به ، كان حكم الفرع كذلك فلا يجب على السيد بذل الجعل أيضا لذلك .
أى وهذا فارق بين الاصل والفرع فيبطل به قياسهم المذكور .

" كتـــاب اللقيـــط " (*)

* مسألة (٣٠٢) : لا يصح اسلام الصبى ولا ردته. (١) / ١٨٢ ى.

(*) زاد البسملة بعد قوله كتاب اللقيط، فى نسخة ((ب)).

واللقيط: فعيل بمعنى مفعول، كقتيل وجريح بمعنى مقتول ومجـــروح،

ويسمى اللقيط منبوذا أيضا، لانه ينبذ فى الطريق ونحوه،

وقيل: ان بين اللقيط والمنبوذ فرقا:

فقيل: اللقيط ما التقط صغيرا فى الشدائد والبلاء وشبه ذلك والمنبوذ بخلافه.

وقيل: المنبوذ مادام مطروحا فاذا أخذ سمى لقيطا.

وقيل: المنبوذ ما وجد بفور ولادته واللقيط بخلافه.

أنظر حاشية الدسوقى جـ٤ ص ١٢٤.

كما يسمى اللقيط أيضا دعيا، أنظر مغنى المحتاج جـ٢ ص ٤١٧.

وفى الاصطلاح: اللقيط اسم لمولود حى طرحه أهله خوفا من العيلة أو التهمة، لا يعرف نسبه. أهـ مجمع الأنهر جـ١ ص ٧٠١.

والاصل فى مشروعية التقاط الطفل المنبوذ: قول الله تعالى (وتعاونوا علـــى البر والتقوى) المائدة آية / ٢. وقوله تعالى (وافعلوا الخير) الحج آية / ٧٧

وأيضا فقد روى الشافعى عن مالك عن ابن شهاب عن سنين - بالتصغير - أبى جميلة رجل من بنى سليم، انه وجد منبوذا فى زمان عمر بن الخطاب، فجاء به الى عمر فقال: ما حملك على أخذ هذه النسمة؟ قال: وجدتها ضائعـــة فأخذتها، فقال عريفى - أى رئيس قومى -: يا أمير المؤمنين انه رجل صالح، فقال: اكذلك؟ قال: نعم، قال عمر: اذهب فهو حر وولاؤه لك، وعلينـــا نفقته. أهـ الأم جـ٤ ص ٧١ وصححه ابن حزم فى المحلى جـ٩ ص ١٦٢.

ورواه البخارى تعليقا بنحوه، جـ٢ ص ١٠٦، كتاب الشهادات، بـــاب اذا زكى رجل رجلا كفاه.

=

. . . .

= وحدّد الحنابلة سن اللقيط مابين الولادة الى سن التمييز ،وقيل بل وان مميزا مالم يبلغ ،أنظر شرح المنتهى جـ٢ ص ٤٨١ .
والتقاطه واجب على الكفاية . أنظر المنهاج ص ٨٣ .

(١) ومحل عدم اعتبار اسلامه أو ردته: هو ما اذا استقل به ،ثم هو اما أن يكون مميزا أو غير مميز ، والصحيح من المذهب انه لا يصح اسلامه اذا كان مميزا ، والثاني : يصح ،واما غير المميز فلا يصح اسلامه قطعا استقلالا ،بل يكون اسلامه تابعا لابويه أو أحدهما .
أو لمن سباه اذا كان مسلما ،أو للدار بأن وجد فى دار الاسلام.
انظر : الوجيز جـ١ ص ٢٥٥ . الام جـ٤ ص ٧٠ . شرح المحلى جـ٣ ص ١٢٧

وقال أبو حنيفة : يصح استحساناً .(٢)

---

(٢) ومحله إذا كان مميزا ، وخالف أبو يوسف وهى رواية عن أبى حنيفة فلم يصحح ردته فى أحكام الدنيا أى فى الميراث والنكاح .

وعلى الحكم بصحة ردته : لو كان أبواه مسلمين وارتد هو عن الاسلام بنفسه ، لا يجعل ذلك عفوا بعذر الصبا ، فتبين منه امرأته المسلمة ويحرم من الميراث من المسلمين .

والقياس لأن لا تصح ردته ، وجه ذلك : ان الارتداد ضرر محض لا تشوبه منفعة فلا يصح من الصبي ، كالعتق والطلاق والهبة .

ووجه الاستحسان فى صحة ردته : انه بمنزلة البالغ فى الردة لتحققها منه ، وكونها محظورة لا لكونها مشروعة ، لأن الردة لا تكون مشروعة بحال ، وهى تتحقق من الصبى كالايمان .

أنظر : كشف الأسرار جـ٤ ص ٢٤٩ ومابعدها . أشباه ابن نجيم ص ٣٠٦ . تيسير التحرير جـ٢ ص ٢٥٣ و ص ٢٥٥ .

وبصحة اسلامه وردته يقول الحنابلة أيضا ، اذا كان مميزا وبلغ سبعا ، وقيل : عشرا ، وقيل : بمطلق التمييز .

أنظر : شرح المنتهى جـ٣ ص ٣٨٩ . كشاف القناع جـ٦ ص ١٧٤ . المغنى : جـ٩ ص ١٣ والتى تليها .

وذهب المالكية الى أنه يحكم باسلام الولد غير المميز تبعا لاسلام أبيه ، وكذا المميز مالم يراهق ، فاذا راهق أى قارب البلوغ فلا يحكم باسلامه تبعا لأبيه ، بل يجبر على الاسلام بغير القتل ، كالتهديد والضرب ، حتى يسلم ، فدل على أن اسلامه صحيح عندهم .

أنظر : الشرح الكبير جـ٤ ص ٤٠٨ وحاشية الدسوقى عليه فى كتاب المرتد . الجواهر جـ٢ ص ٢٨٠ . شرح المنح جـ٤ ص ٤٧٤ والتى تليها . =

لنـــا : انه غيرمكلف بالشرائع ،فأشبه المجنون ،[٣] أو عقد يصح له بعقـــد أبيـــه[٤] فلا يصح منه ،كسائر العقود ،[٥] ولا نه لو صـــــح اســـــلامـــه

= ويشبه أن يكون مذهب ابن حزم الحكم باسلامه تبعا لأبيه اذا كان صغـــيرا ، ولم يفرق بين المميز وغيره . أنظر المحلى جـ٧ ص ٤٩٥ والتى تليها فـــى كتاب الجهاد .

(٣) فى الأصل ونسخة ((ب)) : للشرائع . / باللام . والصواب ماأثبتنـــاه . ولا يقال حروف الجر ينوب بعضها عن بعض ،لانه على القول به لا تنـــوب اللام عن الباء .
وقوله (فأشبه المجنون) فى عدم صحة اسلامه ولا ردته .
بجامع عدم تكليفه بالشرائع فى كل من الاصل وهو المجنون ، والفـــرع وهو الصبى .
ولما كان حكم الاصل عدم الحكم باسلامه أو ردته ، كان حكم الفرع كذلـــك فلا يصح اسلام الصبى ولا ردته أيضا لذلك .

(٤) فى الأصل : ديته . / وهو تحريف . والصواب ماأثبتناه من نسخة ((ب)) . والمراد بعقد أبيه اسلام أبيه ،لأن الصبى يتبع اباه فيه .

(٥) حيث لا تصح من الصبى .
بجامع ان كلا عقد يصح له بعقد أبيه ، اما الاصل فسائر العقـــود ، واما الفرع فأسلام الصبى ،
ولما كان حكم الاصل عدم صحة سائر عقود الصبى ، كان حكم الفرع كذلـــك فلا يصح عقد اسلام الصبى ولا حله بردته أيضا لذلك .

لقتل[٦] بالرجوع عنه[٧]، كما بعد البلوغ[٨]، ولانه لو صح[٩] ردته قتل بها[١٠]، كالبالغ[١١]، ولانه اذا لم يصح اقراره[١٢] بنفسه بالمال القليل، فلأن لا يصح اقراره بالدين مع عظمه أولى .

فان احتجوا : بأن عليا[١٣] عليه السلام أسلم وهو صغير، وقال محمد بن اسحاق[١٤] :

---

(٦) فى نسخة ((ب)) : لقبل ./ وهو تصحيف .

(٧) أى والحال انه لا يقتل به قبل البلوغ فدل على أنه لم ينعقد .

(٨) حيث يقتل بالردة بعده، لصيرورته بالبلوغ محلا للتكليف .

(٩) فى نسخة ((ب)) : لو صحت .

(١٠) والحال انه لا يقتل بها قبل البلوغ، فدل على عدم صحة اسلامه قبل البلوغ.

(١١) حيث يقتل بالردة بعد البلوغ .

(١٢) اذ لا اعتبار باقراره هو وانما يعتبر اقرار وليه له .

(١٣) أنظر ترجمته فى المسألة رقم (٤٠) هامش (١١) .

(١٤) هو محمد بن اسحاق بن يسار المطلبى، مولى قيس بن مخرمة، يكنى أبا عبد الله المدنى أحد الائمة الاعلام، لا سيما فى المغازى والسير، رأى أنس بن مالك، روى عن أبيه وعطاء والزهرى وغيرهم، وروى عنه يحيى الأنصارى وهو من شيوخه، وعبد الله بن عون وشعبة والحمادان وغيرهم، قال ابن شهاب : لا يزال بالمدينة علم جم ما كان فيها ابن اسحاق وقال فيه أحمد : حسن الحديث، وقال البخارى : رأيت على بن عبد الله - يعنى المدينى - يحتج به .

ووثقه العجلى وابن سعد، قال يعقوب بن شبة : لم أر لابن اسحاق الا حديثين منكرين، توفى ابن اسحاق سنة احدى وخمسين ومائة. روى له البخارى فى التاريخ ومسلم مقرونا بغيره وأصحاب السنن الأربعة . أنظر الخلاصة : ص ٣٢٦ .

اسلم وهو ابن عشر سنين ،(١٥) وقال عروة(١٦) : اسلم علي والزبير(١٧) وهما ابنا ثمان سنين(١٨) وقال :

سبقتكم الى الاسلام طرا .·. غلاما مابلغت أوان حلم(١٩).

قلنا : يجوز أن يقال : اسلم ولا يكون ذلك صحيحا ، كما يقال : صام الصبى رمضان وصلى الظهر وحج البيت ، وان لم يصح ذلك عندهم ،(٢٠) ولانه اختلف فى اسلامه فروى أحمد(٢١) في فضائل الصحابة عن الحسن أنه قال : اسلم على بن أبى طالب

---

(١٥) رواه عنه البيهقى جـ٦ ص ٢٠٦ كتاب اللقطة ، باب من قال يحكم بصحة اسلامه .

(١٦) هو ابن الزبير . أنظر ترجمته فى المسألة رقم (٦٨) هامش (٤٠) .

(١٧) هو ابن العوام . أنظر ترجمته فى المسألة رقم (١٤١) هامش (١٩) .

(١٨) رواه البيهقى جـ٦ ص ٢٠٦ . كتاب اللقطة باب من قال يحكم بصحة اسلامه ، أى الصبى .

(١٩) فى نسخة ((ب)) : حلمى .
وأنظر البيهقى جـ٦ ص ٢٠٦ ، لكن اسناده ضعيف كما قال فى التلخيص: جـ٣ ص ٧٧ رقم / ١٣٤٠ .

(٢٠) أى فى الصبى غير المميز ، والا فان عبادة المميز عندهم صحيحة ويثاب عليها ، وان لم تجب عليه ،
أنظر أشباه ابن نجيم ص ٣٠٦ . كشف الأسرار جـ٤ ص ٢٤١ . تيسير التحرير جـ٢ ص ٢٥٥ .

(٢١) هو الامام المبجل أحمد بن محمد بن حنبل الشيبانى ، أبو عبد الله المروزى ثم البغدادى ، المحدث الحافظ الحجة الفقيه ، ولد سنة أربع وستين ومائة ، روى عن هشيم وابراهيم بن سعد ، وعمرو بن عبيد وعبد الرزاق ووكيع وابن مهدى وغيرهم ، وروى عنه البخارى ومسلم وأصحاب السنن الأربعة =

وله خمس عشرة سنة أو ست عشرة سنة. (٢٢) والشعر الذى ذكروه لا يصح عنه. (٢٣)

قالوا : يعقل الاسلام ،كالبالغ. (٢٤)

= والشافعى وابن مهدى وابن معين وابن المدينى وغيرهم.

قال الشافعى : خرجت من بغداد وماخلفت بها أفقه ولا أورع ولا أزهد من أحمد ابن حنبل. أهـ قيل : انه كان يحفظ ألف ألف حديث. توفى سنة احدى وأربعين ومائتين رحمه الله. أنظر الخلاصة ص ١١.

(٢٢) وسنده كالتالى : حدثنا عبد الرزاق قال أنا - أى أخبرنا - معمر عن قتادة عن الحسن وغيره ان عليا أول من أسلم بعد خديجة وهو يومئذ ابن خمس عشرة سنة أو ست عشرة سنة. أهـ جـ٢ ص ٥٨٩.

الا أنه ضعيف ،ضعفه ابن الجوزى ،لاتفاق المؤرخين على أنه لما مات لم يجاوز ثلاثا وستين ،واختلف فيما دونها ،فلو صح قول الحسن لكان عمره ثمانيا وستين. لكن أورد ابن حجر وجها يمكن أن يحمل عليه قول الحسن ويكون له وجه من الصحة ،ثم قال :وان كان الأصح غيره. أنظر التلخيص: جـ٣ ص٧٨ رقم/ ١٣٤٠.

وأما راوى الحديث وهو الحسن ،فهو ابن يسار البصرى يكنى أبا سعيد ،تابعى مشهور ،امام أهل البصرة ،واحد العلماء الفقهاء الفصحاء الشجعان النساك ، ولد بالمدينة سنة احدى وعشرين ،وشب فى كنف على بن أبى طالب ،استكتبه الربيع بن زياد والى خراسان فى عهد معاوية ،وسكن البصرة ،وعظمت هيبته فى القلوب ،فكان يدخل على الولاة فيأمرهم وينهاهم ،لا يخاف فى الحق لومة لائم ، وله مع الحجاج بن يوسف مواقف ،وقد سلم من أذاه كان ثقة فى نفسه ،لكنه كثير التدليس ،روى له أصحاب الكتب الستة ،أنظر الميزان جـ١ ص٥٢٧ رقم/١٩٦٨. الحلية جـ٢ ص١٣١ رقم/١٦٩.

وأنظر ترجمة على بن أبى طالب فى المسألة رقم (٤٠) هامش (١١).

(٢٣) انظر البيهقى جـ٦ ص٢٠٦ كتاب اللقطة. باب من قال يحكم باسلامه. أى الصبى. ثم قال بعد ذكره: وهذا شائع فيما بين الناس من قول على رضى الله عنه. الا أنه لم يقع الينا باسناد يحتج بمثله. أهـ.

وأيده فى ذلك ابن حجر فى التلخيص جـ٣ ص٧٧ رقم/ ١٣٤٠.

(٢٤) حيث يصح اسلامه.

بجامع ان كلا يعقل الاسلام ،اما الاصل فالبالغ ، واما الفرع فالصبى.

ولما كان حكم الاصل صحة اسلامه ،كان حكم الفرع كذلك فيصح اسلام الصبى أيضا لذلك.

قلنا : يعقل الطلاق ولا يصح منه (٢٥)، ثم البالغ حجة عليكم ، فانه لا يجوز أن يكون تابعا (٢٦) ومتبوعا فى الاسلام ، فليكن الصبى مثله (٢٧).

---

(٢٥) أى فلا يصح اعتبار عقله الاسلام علة فى صحة اسلامه ، اذ هذه العلة وهى العقل موجودة فى الطلاق ثم لا يقع منه . فكانت العلة المذكورة قاصرة .

(٢٦) أى فى آن واحد ، بمعنى انه لا يمكن أن يوصف بأنه تابع لغيره فى الاسلام لانه يصح منه استقلالا لكونه محلا للتكليف ، ولا أن يوصف بأنه متبوع أى يصح اسلامه بنفسه ، فلا يصح أن يجمع بين الوصفين فى آن واحد لما فى ذلك من التضاد بين الأمرين .

(٢٧) أى فى أنه لا يكون تابعا لغيره ومتبوعا فى آن واحد أيضا . أى فلا يصح اسلامه بنفسه لذلك .

لكنهم يجيبون عن ذلك بأن هذه الحالة غير موجودة ، لانه فى حال كونه أصلا بنفسه ليس بتبع لغيره ، وفى حال كونه تبعا لغيره ليس بأصل بنفسه .

وأيضا فانه يصح أن يجتمع فى الشئ دليلان يقتضى أحدهما كونه أصلا والآخر كونه تبعا كالجنين يتبع الأم فى العتق والوصية ، ويصلح أصلا بنفسه وكالشجر يتبع الأرض فى البيع ويصلح أن يباع بنفسه أيضا ، ولكن لا يصح أن يكون أصلا وتبعا فى حالة واحدة ، فكذلك الصبى لنقصان عقله يبقى تبعا للغير ولوجود أصل العقل فيه يصلح أن يكون أصلا بنفسه .

أنظر كشف الاسرار جـ ٤ ص ٢٥١ .

قالوا : عبادة ،فصحت من الصبى ،كسائر العبادات.(٢٨)

قلنا : يبطل بالعتق ،(٢٩) ثم نقلب (٣٠) فنقول : فلا يلزم الصبى بنفسه ، كسائر العبادات (٣١) .

قالوا : الاسلام لا يسقط بحال ،(٣٢) ولهذا لا يفسخ ،(٣٣) فلا يجعل الصغر عذرا فيه (٣٤)

---

(٢٨) حيث تصح من الصبى اذا فعلها ويثاب عليها .
بجامع العبادة فى كل من الاصل وهو سائر العبادات والفرع وهو الاسلام .
ولما كان حكم الاصل صحتها من الصبى ، كان حكم الفرع كذلك فيصح الاسلام منه أيضا لذلك .

(٢٩) حيث هو عبادة وقربة الى الله تعالى ، ثم لا يصح من الصبى ،فبطل جعل العبادة علة فى صحة اسلام الصبى ، لوجود هذا الوصف فى العتق ، ثم تخلف الحكم عنه حيث لم يصح من الصبى .

(٣٠) أى فنعلق على العلة التى ذكرتم نقيض ذلك الحكم الذى علقتموه عليها فنقول : عبادة ،فلا تلزم الصبى بنفسه ،كسائر العبادات .

(٣١) حيث لا تلزم الصبى بنفسه أى مستقلا .
بجامع العبادة فى كل من الأصل وهو سائر العبادات ، والفرع وهو الاسلام .
ولما كان حكم الاصل عدم لزومها للصبى بنفسه ، كان حكم الفرع كذلك فلا يلزم الاسلام الصبى بنفسه أيضا لذلك .

(٣٢) أى لا يزول عن الصبى بعد ثبوته فى حقه ،بواحد من جهات التبعية الثلاث: الوالدان أو احدهما أو السابى ،أو الدار . ولذلك فلا يجب عليه نية فرض الاسلام اذا بلغ ،اجماعا . أنظر تيسير التحرير جـ٢ص٢٥٢ .

(٣٣) أى لا يرتفع عنه وصف الاسلام بعد ثبوته ،أصلا .

(٣٤) أى فى عدم صحة الاسلام منه . لانه وان كان غير كامل الأهلية للاداء ، الا أن فيه أصل أهلية الاداء وهو التميز فجاز أن يستقل بالاسلام بنفسه .

قلنا : لو صح هذا (٣٥) لوجب أن يصح من الطفل اذا لقن. (٣٦)

قالوا : لو لم يصح اسلامه ، لما دعى اليه. (٣٧)

---

(٣٥) أى عدم جعل الصغر عذرا فى عدم صحة الاسلام من الصبى .

(٣٦) أى اذا علمه اياه شخص ، من التلقين وهو التفهيم بالمشافهة ، بل وبغيرها .

قال الأزهرى وابن فارس : لقن الشئ وتلقنه : فهمه . أهـ نقله الفيومى ثم قال : وهذا يصدق على الأخذ مشافهة، وعلى الأخذ من المصحف . أهـ المصباح جـ٢ ص ٢٢١.

أى والحال انه لا يصح الاسلام من الطفل اذا لقّن ، لانعدام التميز فى الطفل فلا عبرة بعبارته .

فدل على أن الصغر عذر فى عدم صحة الاسلام من الصبى مستقبلا .

(٣٧) أى والحال انه قد دعى اليه بعموم الخطاب فى قوله تعالى (ياأيها الناس اتقوا ربكم الذى خلقكم من نفس واحدة) سورة النساء آية /١.

ولما رواه أبو هريرة مرفوعا : والذى نفس محمد بيده ، لا يسمع به - أى بالاسلام - أحد من هذه الأمة - أى امة الدعوة فتشمل جميع الخلق - يهودى ولا نصرانى ، ثم يموت ولم يؤمن بالذى ارسلت به الا كان من أصحاب النار . أهـ رواه مسلم جـ١ ص ١٣٤ كتاب الايمان . رقم / ٢٤٠.

فصح ان الاسلام يصح منه كغيره من المخاطبين والا لما دعى اليه .

قلنا : يدعى ليألفه ويمرن (٣٨) عليه ، كما (٣٩) يؤمر بالصوم والصلاة عندهم (٤٠) ، ولا يصح منه (٤١) .

---

(٣٨) أى يعتاده ، من المرونة ، تقول : مرنت على الشيء مرونا من باب قعد ، ومرانا ، بفتح الميم ، اذا اعتدته وداومت عليه .
أنظر المصباح جـ٢ ص ٢٣٤ .

(٣٩) فى الأصل (لما) بلا كاف .

(٤٠) أى اذا كان فى سن التميز ، لأن فيه أهلية أداء ناقصة ، فيكون مخاطبا ببعض التكاليف ، كالعبادة وان لم تجب عليه ، دون بعض، كالعقوبات فلا تلزمه ، لضعف بنيته عنها .

أنظر تيسير التحرير جـ٢ ص ٢٥٣ .

(٤١) أى ولا تقع منه عن الفرض ، فاذا بلغ بعد ادائها وفى الوقت متسع لاداء الفرض ، كما لو احرم بالحج ثم بلغ قبل الوقوف بعرفة ، أو صلى الظهر ثم بلغ قبل العصر ، فان خطاب التكليف لا زال قائما فى حقه فى تلك الصلاة أو ذلك الحج ، لحدوث سبب التكليف فيه اذا بلغ ، فيتوجه اليه الخطاب على جهة الفرض واللزوم اذن .

أنظر التبيين : جـ٢ ص ٢ .

* مسألة (٣٠٤) : اذا بلغ اللقيط [١] وذكر أنه كافر أقر عليه [٢] ١٨٢/٠ى.

---

(١) أى المحكوم باسلامه باحدى جهات التبعية الثلاث ، وهى : تبعية الابوين ، بأن كان أحد أبويه مسلما وقت العلوق به فهو مسلم فان بلغ ووصف كفرا أى عبر به عن نفسه كان مرتدا ، ولو علق بين كافرين ثم أسلم أحدهما حكم باسلامه تبعا له ، فان بلغ ووصف كفرا فمرتد ، وفى قول هو كافر أصلى لانه كان محكوما بكفره بالتبعية فاذا ازيلت بالبلوغ انقطعت فيعتبر بنفسه .

والجهة الثانية : تبعية السابى ، فاذا سبى مسلم طفلا تبعه فى الاسلام ان لم يكن مع الطفل أحد أبويه ، والا تبع الأب أو الأم لأن جهتهما أقوى .

فاذا بلغ المحكوم باسلامه تبعا للسابى ووصف الكفر ففيه قولان : كالذى قبله :

الأول : انه مرتد . الثانى : انه كافر أصلى .

والجهة الثالثة : تبعية الدار ، بأن وجد اللقيط فى دار اسلام وفيها أهل ذمة أو بدار فتحها المسلمون واقروها بيد أهلها صلحا أو بدار اقروها بعد الفتح بيدهم بالجزية وفيها مسلم فى المسائل الثلاث حكم باسلامه .

فان لم يكن فيها مسلم أصلا ، فاللقيط كافر .

وان وجد اللقيط بدار كفر فكافر ، ان لم يسكنها مسلم ، والا بأن سكنها مسلم أسير أو تاجر فاللقيط مسلم فى الأصح . أنظر شرح المحلى جـ٣ ص ١٢٦ ، والتى تليها .

فاذا بلغ اللقيط المحكوم باسلامه تبعا للدار ووصف الكفر فهو كافر اصلى لضعف الحكم بتبعية الدار . أنظر قليوبى جـ٣ ص ١٢٧ .

(٢) ومحل المسألة هو اللقيط المحكوم باسلامه تبعا للدار ، فاذا بلغ ووصف نفسه بالكفر اعتبر كافرا أصليا ، لأن الحكم باسلامه بتبعية الدار حكم ضعيف ، فلا يقتل لانه ليس مرتدا .

=

وقال أبو حنيفة : لا يقـــر.(٣)

لنا : هو أنه حكم ثبت له بظاهر الدار ،(٤) فاذا بلغ وأقر بغـــيره قبـــل منه ،كالحريـــة ،(٥) ولانه لو كان مســـلما فـــى

= وماذكره المصنف هنا ، هو المذكور فى المختصر ص ١٣٦ . قليوبـــى : جـ٣ ص ١٢٧ .

وأما اذا حكم باسلامه تبعا للابوين أو أحدهما أو للسابى ، ثم بلغ ووصـــف الكفر ، فقولان : الاظهر انه يكون مرتدا ، فيستتاب ، فان تاب والا قتـــل ، والثانى : انه كافر اصلى .

أنظر : الوجيز جـ١ ص ٢٥٦ . مغنى المحتاج جـ٢ ص ٤٢٣ . شـــرح المحلى جـ٣ ص ١٢٧ .

(٣) أى ويجبر على الاسلام ، ولا يقتل استحسانا .

أنظر : المبسوط جـ١٠ ص ٢١٤ .

وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى جـ٢ ص ٤٨٧ . كشاف القناع جـ٤ ص ٢٦٠ .

وذكر فى المغنى جـ٦ ص ١١٣ عن القاضى أنه ذكر وجها بأنه يقر على كفره .

وبه يقول المالكية : حاشية الدسوقى جـ٤ ص ١٢٧ . واشار فى المنـــح : جـ٤ ص ١٣٣ الى أن فى المسألة خلافا عندهم ، ولم يفصله .

ولم أقف على قول ابن حزم فى هذه المسألة .

(٤) أى على جهة التبعية لدار الاسلام اذ الفرض انه وجد فيها .

(٥) حيث اذا بلغ واقر بالرق قبل منه ذلك . بعد أن كان محكوما بحريتـــه قبل البلوغ بحسب الظاهر .

بجامع ان كلا حكم ثبت له بظاهر الحال ، فى كل من الاصل وهو الحريـــة والفرع وهو الاسلام .

ولما كان حكم الاصل صحة اقراره بغيرها وهو الرق ، كان حكم الفـــرع كذلك فيصح اقراره بغير الاسلام وهو الكفر أيضا لذلك .

الحقيقة (٦) لقتل بالكفـــر. (٧)

قالوا : محكوم باسلامه ، (٨) فلا يقبل منه الكفر بعد البلوغ ،كولد المسلم (٩) .

قلنا : ذاك (١٠) محكوم باسلامه ظاهرا وباطنا ،فلم يقبل غيره منـــــه ، كولد الحرة لا يقبل منه دعوى الرق ، (١١) وهذا (١٢) محكوم باسلامه في الظاهـــر، (١٣)

---

(٦) أى وليس في الظاهر ،ذلك لاننا انما نحكم عليه بالاسلام على جهة التبعية ، وذلك يفيد ظنا فقط بأنه مسلم ،ولا يفيد القطع والحقيقة ،ولو افادهـا لوجب عليه القتل بالكفر لانه يكون مرتدا .

(٧) في الاصل (بالكر) وهو تحريف . / أى والحال انه لا يقتل بالكفـــر اذا وصفه بعد البلوغ لضعف الحكم بتبعية الدار .

فدل على أن الحكم باسلامه قبل البلوغ لم يكن على جهة الحقيقة ، بـــل بحسب الظاهر .

(٨) أى وان على جهة التبعية للدار .

(٩) حيث لا يقبل منه الكفر اذا بلغ .

بجامع الحكم باسلامه في كل من الاصل وهو ولد المسلم والفرع وهو اللقيط المحكوم باسلامه تبعا للدار .

ولما كان حكم الاصل عدم اقراره على الكفر بعد البلوغ كان حكم الفـــرع كذلك فلا يقر اللقيـط المحكوم باسلامه على الكفر بعد البلوغ أيضا لذلك .

(١٠) أى ولد المسلم .

(١١) بجامع الحكم عليه في الظاهر والباطن في كل من الاصل وهو ولد الحـرة ، والفرع وهو ولد المسلم .

ولما كان حكم الاصل عدم قبول اقراره بالرق ، كان حكم الفرع كذلك فـلا يقبل اقرار ولد المسلم بالكفر أيضا لذلك .

(١٢) أى اللقيط المحكوم باسلامه على جهة التبعية .

(١٣) بسبب التقاطه في دار الاسلام .

فهو كاللقيط اذا بلغ ، واقر بالرق (١٤) ، يؤكده أن فى الاصل (١٥) يقتل على الكفر (١٦) ، وها هنا (١٧) لا يقتل (١٨) .

* مسألة (٣٠٥) : اذا مات اللقيط فادعى نسبه رجل ثبت نسبه (١) ./ ١٨٢ ش .

---

(١٤) حيث يقبل منه ذلك فى أحد القولين كما سيأتى فى المسألة الأخيرة من هذا الباب . برقم (٣٠٧) .
بجامع الحكم عليه بالظاهر فقط فى كل من الاصل وهو اللقيط اذا بلغ واقر بالرق ، والفرع وهو اللقيط اذا بلغ واقر بالكفر .
ولما كان حكم الاصل قبول اقراره به ، كان حكم الفرع كذلك فيقبل اقراره بالكفر بعد البلوغ أيضا لذلك .

(١٥) وهو المقيس عليه فى قولهم : كولد المسلم .

(١٦) للحكم عليه بالاسلام ظاهرا وباطنا ، فاذا وصف الكفر بعد البلوغ صار مرتدا ، فيقتل .

(١٧) فى اللقيط المحكوم باسلامه تبعا للدار .

(١٨) فلو حكم عليه بالاسلام باطنا أيضا لقتل ، والحال انه لا يقتل فبطل قياسه عليه للفارق بينهما .

(١) أنظر الوجيز جـ٢ ص ٢٧٣ .

ويشبه أن يكون هذا قول ابن حزم أيضا ، أنظر المحلى جـ٩ ص ١٦٦ فقد قال : وكل من ادعى أن ذلك اللقيط ابنه من المسلمين حرا كان ، أو عبدا ، صدق ان أمكن أن يكون ماقال حقا ، فان تيقن كذبه لم يلتفت اليه - أهـ فلم يفرق بين ان يدعيه قبل أو بعد الموت .

وقال أبو حنيفة: لا يثبت (٢).

لنا: هو انه أقر بنسب صغير مجهول النسب مع وجود الامكان وعدم المنازعة (٣) من غير اضرار بأحد، فقبل اقراره كما لو كان حيا (٤).

قالوا: لا فائدة في اثبات نسبه، اذ لا ينسب اليه (٥).

قلنا: بل فيه فائدة، فانه ينسب اليه، كما ينسب في الحياة، ويطالب بتجهيزه (٦) ومؤنة دفنه (٧).

---

(٢) أي استحسانا، وسواء كان للقيط ميراث أم لا، الا أن يقيم بينة فيستحق ميراثه بها.
أنظر: فتح القدير: جـ٥ ص ٣٤٥. المبسوط جـ١٠ ص ٢١٤. حاشية الشلبي جـ٣ ص ٢٩٨، مجمع الأنهر جـ١ ص ٧٠٢.
ولم أقف على قول الحنابلة ولا المالكية في هذه المسألة.

(٣) أي من أحد. أي في نسبة الولد الى نفسه.

(٤) حيث يقبل اقراره بنسب اللقيط اذا كان حيا.
بجامع الاقرار بنسب صغير مجهول النسب مع الامكان وعدم المنازعة من غير اضرار بأحد.
في كل من الاصل وهو مالو كان اللقيط حيا والفرع وهو مالو كان ميتا.
ولما كان حكم الاصل صحة اقراره به، كان حكم الفرع كذلك فيصح اقراره به لو كان ميتا أيضا لذلك.

(٥) أي ولا يترتب على اثباته منفعة للصغير لموته، فمتنع.

(٦) وهو ما يحتاج اليه الميت من كفن ونحوه، من الجهاز بكسر الأول، وقد جهزه تجهيزا فتجهز، وبفتح الأول هو ما على ظهر الراحلة، ومنه قوله تعالى (فلما جهزهم بجهازهم) يوسف آية/ ٥٩. وأنظر القاموس جـ٢ ص١٧١.

(٧) المؤنة كغرفة. وجمعها مؤن كغرف، وقيل: مؤونه على وزن فعولة بفتح فهمزة مضمومة، والجمع مؤنات. تقول: مأنت القوم أمأنهم، مهموز بفتحتين وفيها لغة ثالثة بالتسهيل: مونة والجمع مون، كسورة وسور، تقول مانه يمونه من باب قال. ومعناها: الثقل. أنظر المصباح جـ٢ ص ٢٥٣. والمراد: تكاليف دفنه كاجرة حفر القبر والغسال ونحو ذلك.

* مسألة (٣٠٦) : يصح دعوى [١] المرأة للنسب ، ومن أصحابنا من قال : ان كان لها زوج لم يصح ، ومنهم من قال : لا يصح الا ببينة [٢] . / ١٨٢ ش .

---

(١) الدعوى في اللغة هي الطلب ، منه قوله تعالى : (ولهم ما يدعون) سوة يس آية / ٥٧ .
وفي الاصطلاح : اضافة الانسان الى نفسه استحقاق شئ في يد غيره أو في ذمته .
ويسمى الطالب لذلك الحق مدعيا ، والمطلوب منه : مدعى عليه . والمطلوب : مدعى بالبناء للمفعول . كشاف القناع جـ ٤ ص ٣٧٨ .
ويفرق في الدعوة بكسر الدال المهملة وفتحها بأنها في الكسر في ادعاء شخص نسبه لغير أبيه ، أو اذا ادعاه غير أبيه .
وبالفتح في الطعام ، اسم من دعوت الناس الى الطعام اذا طلبتهم ليأكلوا عندي .
هذا عند أكثر العرب ، الا عدى الرّباب فانهم يعكسون ذلك .
والدعوى بفتح الأول تستعمل في النسب أيضا . أنظر المختار ص ٢٠٥ . والمصباح جـ١ ص ٢٠٨ .

(٢) والاصح انه لا يلحقها الا ببينة وان كانت خلية عن الزوج لامكانها اقامة البينة بالولادة .
أنظر : المنهاج ص ٨٤ . الوجيز جـ١ ص ٢٥٧ . المختصر ص ١٣٧ .
وبصحته بدعواها مالم تنازعها فيه اخرى ، يقول ابن حزم ، أنظر المحلى جـ ١١ ص ٤٢٦ .

وهو قول أبى حنيفة[٣]،

لنا : ان من صح اقراره بالوالد صح بالولد كالرجل[٤] ، ولأن الرجل

---

(٣) أى أو صدقها زوجها أو شهدت لها القابلة. وأما اذا لم يكن لها زوج ، فلا بد من نصاب الشهادة .

أنظر: حاشية الشلبى جـ٣ ص ٢٩٩ . فتح القدير جـ٥ ص ٣٤٥ . مجمع الأنهر جـ١ ص ٧٠٣ .

ويشبه أن يكون هذا قول المالكية أيضا ، قال خليل : ولم يلحق بملتقطه أوغيره الا ببينة . أهـ

فلم يفصل بين ما اذا استلحقه رجل أو امرأة .

أنظر: الشرح الكبير جـ٤ ص ١٢٦ . الجواهر جـ٢ ص ٢٢٠ . شرح المنح جـ٤ ص ١٣٢ .

وذهب الحنابلة الى أنها اذا كانت ذات زوج أو ذات نسب معروف أو اخوة ألحق بها اللقيط . ومحله:اذا اقامت بينه بذلك .

أنظر: شرح المنتهى جـ٢ ص ٤٨٧ . كشاف القناع جـ٤ ص ٢٦٢ . وذكر فى المغنى جـ٦ ص ١٢٤ عن أحمد ثلاث روايات :

الأولى : ان دعواها تقبل ويلحقها نسبه .

الثانية : ان كان لها زوج لم تقبل دعواها .

الثالثة : ان كان لها اخوة أو نسب معروف لا تصدق الا ببينة . الا أن يكون لها دافع لم يُحَل بينها وبينه .

ثم قال ابن قدامة : ويحتمل أن لا يثبت النسب بدعواها بحال . أهـ

(٤) سقط قوله (كالرجل) من نسخة ((ب)) . / حيث يصح اقراره بولده . بجامع صحة الاقرار بالوالد فى كل من الاصل وهو الرجل والفرع وهو المرأة . ولما كان حكم الاصل صحة اقرار الرجل بولده ، كان حكم الفرع كذلك فيصح اقرار المرأة بولدها أيضا لذلك .

يظن ان الولد له ثم يصح اقراره ،فلأن يصح اقرارها (٥) هنا أولى (٦) .

قالوا : يمكن اقامة البينة على ذلك (٧) ، فلا يقبل قولها من غير بينة ،كسائر الحقوق (٨) .

---

(٥) في الأصل : اقراره ، / وهو تحريف ،لأن الضمير عائد الى المرأة التي هي محل الخلاف في المسألة .

(٦) سقط قوله (أولى) من الأصل .

وجه الأولوية : هو كما ذكر الرازي في تفسيره جـ٢ ص ١٤٢ عن عمر رضي الله عنه انه سأل عبد الله بن سلام - وكان حبرا من أحبار اليهود فاسلم - عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فقال : انا أعلم به مني بابني ،قال : ولم ؟ قال : لاني لست اشك في محمد انه نبي ، وأما ولدي فلعل والدته خانت ، فقبل عمر رأسه . أهـ ذكر ذلك عند قول الله تعالى (يعرفونه كما يعرفون أبنائهم) سورة البقرة آية/١٤٦ .

(٧) لأن الحمل والولادة ليسا سرا يمكن اخفاؤه .

(٨) حيث لا يقبل قولها فيها من غير بينة .

بجامع امكان اقامة البينة ، في كل من الاصل وهو سائر الحقوق والفرع وهو انتساب اللقيط اليها .

ولما كان حكم الاصل عدم قبول قولها فيها بدون بينة ، كان حكم الفرع كذلك فلا يقبل قولها في استلحاق اللقيط بدون بينة أيضا لذلك .

قلنا : الرجل أيضا يمكنه اقامة البينة على انه ولد على فراشه ، ثم يقبل اقرار به[٩]، والدعوى فى سائر الحقوق لها[١٠]، وهذا[١١] عليها[١٢]، فهو كالاقرار بسائر الحقوق[١٣].

قالوا : فيه حمل نسب على الزوج[١٤]، فلم يقبل ،كما لو قالت : هذا الولد لزوجى[١٥].

---

(٩) سقط قوله (به) من الأصل . / أى من غير اقامة بينة ،فدل على أن امكان اقامة البينة لا يصلح علة فى المنع من الحاق الولد بالمرأة اذا ادعته .

(١٠) فى نسخة ((ب)) : هى لها . / أى لمصلحتها . أى ولذلك احتاجت فى اثباتها الى بينة .

(١١) أى استلحاق اللقيط .

(١٢) لالحاقه العار بها ،وباسرتها اذ أدخلت عليهم من لا يعرف وحملت من رجل مجهول ،اذ الفرض ان الزوج لم يقرها عليه .

(١٣) حيث يقبل اقرارها بما لغيرها عليها فى سائر الحقوق .
بجامع ان كلا عائد الى غير مصلحتها ،اما الاصل فالاقرار بسائر الحقوق واما الفرع فالاقرار بنسب اللقيط .
ولما كان حكم الاصل صحة اقرارها بها ، كان حكم الفرع كذلك فيصح اقرارها بنسب اللقيط أيضا لذلك .
والمراد : ان قياسهم دعوى نسب اللقيط على دعواها فى سائر الحقوق فى الافتقار الى البينة فيه ،باطل للفارق المذكور بينهما .

(١٤) أى من غير رضاه واعترافه .

(١٥) حيث لا يقبل اقرارها به .
بجامع حمل نسب على الزوج بغير اعترافه فى كل من الاصل وهو مالو قالت هذا الولد لزوجى ،والفرع وهو مالو استلحقت اللقيط بنسبها . =

قلنا : لا يقبل ذلك (١٦) في حقه (١٧) كما اذا أقر الزوج بولد قبلناه في حقه (١٨) دون حقها (١٩).

* مسألة (٣٠٧) : اذا بلغ اللقيط وباع واشترى ونكح ثم أقر بالرق ثبت الرق وأحكامه (١) في أحد القولين (٢) . / ١٨٢ ش.

وقال أبو حنيفة : مايضر غيره لا يقبل (٣).

= ولما كان حكم الاصل عدم صحة اقرارها به ، كان حكم الفرع كذلك فلا يقبل اقرارها بنسب اللقيط أيضا لذلك .

(١٦) أى قولها : هذا الولد لزوجي .

(١٧) لادخالها من ليس بولد له على نفقته وميراثه .

(١٨) معاملة له باقراره .

(١٩) اذ لا يلزمها مالم تعترف به أو تقوم عليها به البينة .

(١) أى أحكام الرق المستقبلة لا الماضية المضرة بغيره ، في الأظهر ، سواء كانت الأحكام له أو عليه . ومقابل الاظهر : انه يقبل اقراره مطلقا ، لأن الاقرار لا يتجزأ فيصير كالبينة ، ومحله : مالم يسبق للرقيق اقرار منه بالحرية . أنظر : مغني المحتاج جـ٢ ص ٤٢٥ .

(٢) وهو خلاف الاظهر .

مغني المحتاج جـ٢ ص ٤٢٥ . الوجيز جـ١ ص ٢٥٩ . المختصر ص ١٣٧ .

شرح المحلى جـ٣ ص ١٢٨ .

(٣) ومحله : اذا لم تتأكد حريته بقضاء القاضي . ومحله أيضا : مالم تجر عليه شئ من أحكام الأحرار من قبول شهادته وحد قاذفه .

أنظر : المبسوط جـ١٠ ص ٢٢٠ . التبيين جـ٣ ص ٣٠٠ .

وذهب الحنابلة الى عدم اعتبار اقراره بالرق سواء اقر بالحرية قبله أم لا ، =

لنا : هو ان ماثبت به(٤) الرق ثبت به أحكامه ،كما لو ثبت بالبينة.(٥)

قالوا : اقراره يقبل على نفسه ولا يقبل على غيره ، كما لو اشترى عبدا وأقر بأن البائع كان اعتقه.(٦)

= وسواء صدقه المقر له أم لا .
أنظر: كشاف القناع جـ٤ ص ٢٦٠ . شرح المنتهى جـ٢ ص ٤٨٧ . وذكر في المغني جـ٦ ص ١٣٣ قولا آخر بقبول اقراره ،الا أنه صحح رواية عدم القبول .
وبعدم اعتبار اقراره أيضا يقول المالكية .
أنظر : حاشية الدسوقي جـ٤ ص ١٢٥ . بلغة السالك جـ٢ ص ٣٢٧ .
ولم أقف على قول ابن حزم في هذه المسألة .

(٤) وهو الاقرار .

(٥) حيث يثبت بها أحكام الرق مطلقا سواء فيها مايضر بغيره أو لا يضر.
بجامع ثبوت الرق به في كل من الاصل وهو البينة والفرع وهو الاقرار ، ولما كان حكم الاصل ثبوت أحكام الرق به مطلقا ، كان حكم الفرع كذلك فتثبت أحكام الرق بالاقرار مطلقا أيضا لذلك .

(٦) حيث لا يقبل اقراره عليه به لما انه يلحق الضرر بالبائع .
بجامع لحاق الضرر بالغير به ، في كل من الأصل وهو مالو اشترى عبدا واقر بأن البائع كان أعتقه ، والفرع وهو مالو اقر اللقيط بالرق بعد البيع والشراء والنكاح .
ولما كان حكم الاصل عدم قبوله منه ، كان حكم الفرع كذلك فلا يقبل اقراره بالرق أيضا لذلك .

قلنا : لأن المشتري يملك اعتاقه فجعل ذلك[٧] كالعتق منه[٨] ، فثبت العتق في الحال[٩] ولم يثبت فيما تقدم[١٠] ، والرق لا يجوز ايقاعه بعد الاسلام[١١] ، فاذا أقر[١٢] ثبت الرق من أصله[١٣] فتعلق[١٤] به أحكامه[١٥] .

---

(٧) أي الشراء .

(٨) أي من المشتري .

(٩) أي على المشتري بعد عقد البيع لوجود سببه ممن يملك ايقاعه بعد الشراء .

(١٠) أي فيما سبق عقد البيع ، لما فيه من الحاق الضرر على البائع بالزامه عتق العبد باعتراف الغير عليه به .

(١١) أي وقبل وقوع السبي لا بعده ، فاذا اسلم الكافر قبل الاسر لم يجز ايقاع الرق عليه ، والا بان اسلم بعد وقوعه في الأسر لم يمنع ذلك من ضرب الرق عليه . أنظر شرح المحلي جـ٤ ص ٢٢٠ والتي تليها .

(١٢) أي اللقيط البالغ .

(١٣) أي اذا لم يسبق له اسلام .

(١٤) بادغام تاء المضارعة بتاء الفعل ، وفي نسخة ((ب)) : فتعلقت .

(١٥) أي مطلقا ، سواء كان فيها اضرار بغيره أو لم يكن ، عملا باقراره ، كما لو ثبت عليه الرق بعد البلوغ بالبينة .

" مسـائل الوقـف "(*)

* مسألة (٣٠٨) : يصح الوقف ويزول به الملك(١) . / ١٨٢ ش .

(*) زاد في نسخة ((ب)) البسملة بعد قوله : مسائل الوقف .
والوقف بتسكين القاف : الحبس ، تقول : وقفت الدار وقفا اذا حبستها في سبيل الله ، والشئ موقوف ووقف تسمية له بالمصدر ، وجمعه أوقاف ، كثوب وأثواب ، أنظر المصباح جـ٢ ص ٣٤٦ .
واما أوقف الدار فلغة رديئة ، اذ ليس في الكلام أوقف الا في قولك : أوقفت عن الأمر الذي كنت فيه ، أي اقلعت عنه . لكن روى عن الكسائي وأبي عمر انه يقال للواقف في مكان : ماأوقفك هنا ، أي ماالذي صيرك الى الوقوف هنا . أنظر المختار ص ٧٣٣ .
وفي الاصطلاح : حبس مال يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه بقطع التصرف في رقبته على مصرف مباح موجود .
والأصل في مشروعيته الكتاب والسنة والاجماع .
أما الكتاب : فقول الله تعالى (لن تنالوا البر حتى تنفقوا مما تحبون) آل عمران آية / ٩٢ ، فان أباطلحة لما سمعها أوقف بيرحاء وهي أحب أمواله اليه . أنظر تفسير الطبري جـ٦ ص ٥٨٩ .
وأما السنة : فقوله صلى الله عليه وسلم (اذا مات الانسان انقطع عنه عمله الا من ثلاثة : الا من صدقة جارية أو علم ينتفع به أو ولد صالح يدعو له) . رواه مسلم جـ٣ ص ١٢٥٥ كتاب الوصية باب ما يلحق الانسان من الثواب بعد وفاته . رقم الحديث / ١٤ .
والصدقة الجارية محمولة عند العلماء على الوقف . أنظر النهاية جـ١ ص ٢٦٤ .
وفيه أيضا حديث عمر الآتي في المسألة الآتية . وهو أول وقف في الاسلام .
قال جابر بن عبد الله : مابقي أحد من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم =

. . . .

= له مقدرة الا وقف .

أنظر مغنى المحتاج جـ٢ ص ٣٧٦ .

وقد اجمعت الأمة على مشروعيته . أنظر رحمة الأمة ص ١٨٣ . الافصاح : جـ٢ ص ٥٢ .

وأما خلاف أبى حنيفة وغيره فمرادهم انه لا يلزم ولا يزول به الملك بل للواقف الرجوع فيه .

ويسمى الشافعى الوقف بالصدقات المحرمات . كما فى الأم جـ٤ ص ٥٢ .

وشرط الواقف صحة عبارته وأهلية التبرع ، وشرط الموقوف دوام الانتفاع بـه .

أنظر المنهاج ص ٨٠ .

وأركان الوقف أربعة : واقف وموقوف وموقوف عليه وصيغة .

(١) أى فلا يكون للواقف ولا للموقوف عليه ، بل ينتقل ملكه الى الله تعالـى ، ويملك الموقوف عليه منافعه .

أنظر : الأم جـ٤ ص ٥٢ . المختصر ص ١٣٣ . هذا هو أظهر الأقوال الثلاثة ثانيها : انه لا ينتقل عن الواقف ، ثالثها : ينتقل الى الموقوف عليـه كالصدقة . أنظر شرح المحلى جـ٣ ص ١٠٥ .

وبزواله عن ملك الواقف وان لم يخرج عن يده يقول الحنابلة أيضـا :

أنظر : شرح المنتهى جـ٢ ص ٤٩٧ . كشاف القناع جـ٤ ص ٢٨٢ . وذكر فى المغنى جـ٦ ص ٤ رواية أخرى عن أحمد أنه لا يزول ملكه عن أصل الموقوف . لحديث عمر الآتى فى هامش (٥) : حبس الاصل وسبل الثمرة .

وهو قول المالكية الا أنهم قالوا يجب اخراجه من تحت يده للموقوف عليـه من غير أن يزول ملكه عنه خلافا للخمى القائل بسقوط ملك المحبس عن المال المحبّس .

أنظر : شرح المنح جـ٤ ص ٣٤ . الجواهر جـ٢ ص ٢٠٥ . حاشية الدسوقـى : جـ٤ ص ٧٥ .

وبزوال ملكه عنه يقول ابن حزم أيضا : المحلى جـ١٠ ص ١٨٦ .

وقال أبو حنيفة : لا يصح ولا يزول به الملك (٢) .

لنا : ماروى أن عمر (٣) قال : يارسول الله انى أصبت أرضا بخيبر لم أصب مالا قط هو أنفس عندى منه ، قال : ان شئت حبست أصلها وتصدقت بهـا ، لا يباع ولا يوهب ولا يورث ، فتصدق بها فى الغزاة (٤) فى سبيل الله وابن السبيل وفى الضيف لا جناح على من وليها بالمعروف يعطى منها صديقا أو يطعم منها غير متأثل مالا (٥) فدل على أنه

---

(٢) ومحله مالم يحكم به حاكم أو يعلقه بموته ، وقال أبو يوسف : يزول ملكه بمجرد القول ، وأما محمد فقال : لا يزول ملكه حتى يجعل للوقف وليا ويسلمه اليه . وعن أبى حنيفة رواية أخرى بجواز الوقف لكن غير لازم وهى الأصح .
أنظر : الهداية جـ٥ ص ٤١٨ . التبيين جـ٣ ص ٣٢٥ . مجمع الأنهر : جـ١ ص ٧٢١ والفتوى على قول الصاحبين كما قاله فى المجمع جـ١ ص ٧٣٣ .

(٣) أنظر ترجمته فى المسألة رقم (٤٠) هامش (٨) .

(٤) غير واضحة فى الأصل ، وماأثبتناه من نسخة ((ب)) .

(٥) أى غير جامع مالا . يقال : مال مؤثل ومجد مؤثل أى مجموع ذو أصل ، وأثلة الشئ أصله . أهـ النهاية جـ١ ص ٢٣ .

والحديث رواه البخارى جـ٢ ص ١٢٤ كتاب الشروط ، باب الشروط فى الوقف .

ورواه مسلم جـ٣ ص ١٢٥٥ كتاب الوصية ، باب الوقف . رقم الحديث / ١٥ .

ورواه الترمذى جـ٣ ص ٦٥٩ . كتاب الأحكام ، باب فى الوقف ، رقم / ١٣٧٥ ،

ثم قال : هذا حديث حسن صحيح . أهـ .

ورواه أبوداود جـ٣ ص ١١٦ كتاب الوصايا ، باب ماجاء فى الرجل يوقف الوقف . رقم / ٢٨٧٨ .

ورواه النسائى جـ٦ ص ٢٣٠ كتاب الاحباس ، باب كيف يكتب الحبس . =

يصير [٦] محبوسا بذلك ،لا يباع ولا يوهب ولا يورث ، [٧] ولانه روى ذلك عن أبي بكر [٨] وعمر [٩] وعثمان [١٠] وطلحة [١١] والزبير [١٢] وعبد الرحمن [١٣] وابن مسعود [١٤] وابن عمر [١٥] وعبد الله بن الأرقم [١٦]

= ورواه ابن ماجه جـ٢ ص ٨٠١ كتاب الصدقات ،باب من وقف . رقم / ٢٣٩٦ .
الا انه هو والنسائي قالا : غير متمول بدل قوله : غير متأثل . وهما بمعنى .

(٦) زاد في نسخة ((ب)) : يصير به . / أي بالوقف .

(٧) لزوال ملك صاحبه عنه بالوقف .

(٨) أنظر ترجمته في المسألة رقم (٧٨) هامش (٢٥) .

(٩) أنظر ترجمته في المسألة رقم (٤٠) هامش (٨) .

(١٠) أنظر ترجمته في المسألة رقم (١) هامش (٣٨) .

(١١) هو ابن عبيد الله . أنظر ترجمته في المسألة رقم (١) هامش (٤٤) .

(١٢) هو ابن العوام . أنظر ترجمته في المسألة رقم (١٤١) هامش (١٩) .

(١٣) هو ابن عوف . أنظر ترجمته في المسألة رقم (١) هامش (٣٩) .

(١٤) أنظر ترجمته في المسألة رقم (٥٩) هامش (٢٣) .

(١٥) أنظر ترجمته في المسألة رقم (٤) هامش (٣) .

(١٦) هو عبد الله بن الأرقم بن أبي الأرقم ،واسمه عبد يغوث بن وهب بن عبد مناف ابن زهرة بن كلاب القرشي الزهري . كان خال النبي صلى الله عليه وسلم ،اسلم عام الفتح ، وكتب للنبي صلى الله عليه وسلم وأبي بكر وعمر ، وبلغ من ثقة النبي صلى الله عليه وسلم به انه كان يأمره بالكتابة الى بعض الملوك ،فيكتب ويختم ولا يقرأه عليه ، وكان على بيت المال أيام عمر ،حدثت حفصة أن عمر قال لها : لولا أن ينكر على قومك لا ستخلفت عبد الله بن الأرقم .أهـ وقال السائب بن يزيد : مارأيت اخشى لله منه .أهـ
استعمله عثمان على بيت المال ،واجازه بثلاثين الفا ،فأبى أن يأخذها ،وقال =

وأبى (١٧) جهم بن حذيفة (١٨) وعبد الرحمن بن مطيع (١٩) والمسور (٢٠) والمقداد (٢١)

= انما علمت لله. توفي في خلافة عثمان ، وقيل: سنة أربع وأربعين . وهو وهم .
أنظر الاصابة جـ٢ ص ٢٧٣ رقم / ٤٥٢٥ .

(١٧) فى الأصل : وابن جهم . / وهو تحريف .

(١٨) هو أبو الجهم بن حذيفة بن غانم بن عامر بن عبد الله بن عبيد الله بن عويج ابن عدى بن كعب القرشي العدوى ، قيل: اسمه عامر وقيل: عبيد ، اسلم يوم الفتح ، وكان من مشيخة قريش وهو أحد الأربعة الذين تأخذ عنهم قريش النسب كان لا يضع العصا عن عاتقه ، وكان ضرابا للنساء ، وكان شديد العارضة ، فكان عمر يمنعه حتى كف لسانه ، كان من المعمرين ، توفى فى آخر خلافة معاوية ، وقيل: أول خلافة ابن الزبير وهو الصحيح . أنظر الاصابة جـ٤ ص٣٥ ، رقم / ٢٠٧ .

(١٩) هو عبد الرحمن بن مطيع بن الأسود بن المطلب بن أسد بن عبد العزى ابن قصى القرشي الأسدى ، له صحبة ، وكنيته أبو عبد الله ، وأمه أم كلثوم بنت معاوية ، أنظر الاصابة جـ٢ ص ٤٢٢ رقم / ٥٢٠٣ .

(٢٠) هو المسور بن مخرمة بن نوفل بن أهيب بن زهرة بن كلاب القرشي الزهرى ، امه عاتكة بنت عوف ، أخت عبد الرحمن بن عوف ، ولد بعد الهجرة بسنتين وقدم المدينة بعد الفتح فى ذى الحجة وهو غلام ايفع ابن ست سنين ، حفظ عن النبي صلى الله عليه وسلم أحاديث كان يلزم عمر بن الخطاب ، وكان من أهل الفضل والدين ، روى عن الخلفاء الأربعة وغيرهم ، وعنه ابن المسيب وعلى بن الحسين وعوف بن الطفيل وغيرهم . ناصر ابن الزبير ، فلما كان الحصار اصابه حجر من حجارة المنجنيق وهو يصلى فمات بعد خمسة أيام موافقا يوم أتى نعى يزيد بن معاوية سنة أربع وستين . أنظر الاصابة جـ٣ ص ٤١٩ رقم / ٧٩٩٣ .

(٢١) هو المقداد بن الأسود الكندى ، هو ابن عمرو بن ثعلبة بن مالك بن ربيعة بن عامر النهرانى وقيل : الحضرمى . تبناه الأسود بن عبد يغوث ، =

وعمرو بن العاص (٢٢) وأنس (٢٣) وفاطمة بنت رسول الله (٢٤) وعائشة أم المؤمنين (٢٥) رضى الله عنهم أجمعين (٢٦)،

= ولما نزلت (ادعوهم لا بائهم) قيل له : المقداد بن عمرو ، اسلم قديما ، وتزوج ضباعة بنت الزبير بن عبد المطلب ابنة عم النبي صلى الله عليه وسلم هاجر الهجرتين وشهد بدرا والمشاهد كلها ، وكان الفارس يوم بدر ، وهو من أوائل من أظهر اسلامه بمكة ، كان طويلا آدم كثير الشعر أعين عظيم البطن ، وكان له غلام رومى ، فقال له الغلام : اشق بطنك فاخرج من شحمه حتى تلطف ، فشق بطنه ، ثم خاطه ، فمات المقداد وهرب الغلام ، توفى سنة ثلاث وثلاثين فى خلافة عثمان .

أنظر الاصابة جـ٣ ص ٤٥٤ رقم / ٨١٨٣ .

(٢٢)

(٢٣) هو ابن مالك ، أنظر ترجمته فى المسألة رقم (٢٨) هامش (٤) .

(٢٤) زاد فى نسخة ((ب)) قوله : صلى الله عليه وسلم . / كانت تلقب بالزهراء ، روت عن أبيها وروى عنها ابناها الحسن والحسين وأبوهما على بن أبى طالب وعائشة وغيرهم ، وهى أصغر بنات النبى صلى الله عليه وسلم واحبهن اليه وكانت زينب أكبرهن ثم رقية ثم أم كلثوم ثم فاطمة ، تزوجها علىّ واصدقها درعه الحطمية عام الهجرة بالمدينة وبنى بها مرجعه من بدر ، ولها ثمانى عشرة سنة ، قال فيها النبي صلى الله عليه وسلم: أفضل نساء الجنة خديجة وفاطمة ومريم وآسية . توفيت بعد النبي صلى الله عليه وسلم بستة أشهر على الصحيح . أنظر الاصابة جـ٤ ص ٣٧٧ رقم / ٨٣٠ .

(٢٥) أنظر ترجمها فى المسألة رقم (٥٨) هامش (١٢) .

(٢٦) قال الحميدى : تصدق أبو بكر رضى الله عنه بداره على ولده ، وعمر بربعه عند المروة على ولده ، وعثمان برومة ، وتصدق علىّ بارضه بينبع ، وتصدق الزبير بداره بمكة وداره بمصر ، وأمواله بالمدينة على ولده ، وتصدق سعد بداره بالمدينة وداره بمصر على ولده ، وعمرو بن العاص بالوهط ودارة بمكه =

وعن جابر : [٢٧] لم يكن أحد من أصحاب رسول الله ذو [٢٨] مقدرة الا وقـــف. [٢٩]
وكتب عمر وعلى [٣٠] وابن‌عمر وعمرو بن العاص بذلك كتبا منعوا فيها من البيـع
والهبة ، [٣١] ولانه جهة يملك فيها [٣٢] اقتطاع الملك عن الورثة بعد موتـــه
بالوصية ،فوجب أن يملك بها فى حياته ،كالعتق، [٣٣] ولا يلزم الثمـــــــرة

= على ولده ، وحكيم بن حزام بداره بمكة والمدينة على ولده ،فذلك كلـــه الى اليوم .أهـ
المغنى جـ٦ ص٤ . وأنظر المحلى جـ١٠ ص١٨٢ والتى‌تليها .وأنظر النصب : جـ٣ ص ٤٧٨ .
وقد استوعب اسماء من أوقف من‌الصحابة وقفا ، الخصاف فى كتابه أحكـــام الأوقاف من ص ١ الى ص ١٧ .

(٢٧) أنظر ترجمته فى‌المسألة رقم (١٨) هامش (٢٨) .
(٢٨) فى‌نسخة ((ب)) : ذا .
(٢٩) روى عبدالملك بن حبيب عن الواقدى قوله : مامن أحد من‌أصحــــاب رسول الله صلى‌الله عليه وسلم الا وقد أوقف وحبس‌أرضا ،الا عبدالرحمن ابن عوف فانه كان يكره الحبس .أهـ ذكرها ابن حزم فى‌المحلى جـ١٠ ص١٧٥ ثم قال : وهذه رواية اخباث فانها زادت‌ماجاءت‌فيه ضعفا .أهـ
(٣٠) أنظر ترجمته فى‌المسألة رقم (٤٠) هامش (١١) .
(٣١) أى بيع المال الموقوف أو هبته . وأنظر كتاب عمر بن الخطاب بذلك فـــى أحكام الأوقاف ص ٦ وكتاب على بن‌أبى طالب ص١٠ ،ومنع بيع الوقف وهبتـــه مأثور عن كل من وقف من‌الصحابة وقفا كما قال جابر ومحمد بن عبدالرحمـــن ابن‌سعد بن زراه . أنظر أحكام الأوقاف ص ١٥ .
(٣٢) سقط قوله (فيها) من نسخة ((ب)) . / أى‌الملك جهة يملك فيها . . الخ .
(٣٣) حيث يصح منه فى‌حياته ويخرج به العبد عن ملكه .
بجامع ان كلا جهة‌يملك فيها اقتطاع الملك عن الورثة بعد موته بالوصيـــة ، اما الاصل فالعتق واما الفرع فالوقف . =

المعدومة ، (٣٤) فانها ليست بملك . (٣٥)

فان قيل : العتق اتلاف ، فصح بمجرد القول ، كالطلاق (٣٦) والوقف تبرع فلم يلزم بمجرد القول كالهبة . (٣٧)

قيل : (٣٨) اذا جاز أن يكون العتق اتلافا ، ثم اعتبر فيه أن يكون المعتق من

= ولما كان حكم الاصل خروج العبد من ملكه بالعتق ، كان حكم الفرع كذلك فيخرج الموقوف من ملكه بالوقف أيضا لذلك .

(٣٤) حيث تصح الوصية بها فى الأصح ، أنظر المنهاج ص ٨٩ .
أى ولا يجوز وقفها ، لأن الوقف تمليك منجز فلم يصح فى المعدوم لذلك .

(٣٥) أى والوقف حبس عين مملوكة ، وهذه لم تملك بعد فلا يجرى عليها الوقف .

(٣٦) حيث يقع بمجرد القول ولا يتوقف على رضا المرأة به .
بجامع الاتلاف فى كل ، اما الاصل فالطلاق ، واما الفرع فالعتق .
ولما كان حكم الاصل وقوعه بالقول ، كان حكم الفرع كذلك فيقع العتق بالقول أيضا لذلك .

(٣٧) حيث لا تلزم بمجرد القول بل بالقبض .
بجامع التبرع فى كل من الاصل وهو الهبة والفرع وهو الوقف .
ولما كان حكم الاصل عدم لزومه بالقول من غير قبض ، كان حكم الفرع كذلك فلا يلزم الوقف بالقول أيضا لذلك ، أى بل لابد فيه من حكم الحاكم أيضا .
والمراد: اثبات ان بين الاصل والفرع فى قياس الوقف على العتق فارقا ، ليبطل به قياسنا المذكور .

(٣٨) فى نسخة ((ب)) : قلنا .

أهل التصرف ، جاز أن يعتبر فيه معنى ينضم الى القول (٣٩) ، ولانه تحبيس أصـــل ، وتسبيل منفعة ، فجاز أن يلزم بفعله فى حال الحياة ، كوقف المسجد. (٤٠)

فان قيل : القربة فى المسجد لله تبارك وتعالى ، وقد اتصل به الصـــلاة، وهو (٤١) بمنزلة القربة (٤٢) فصار كقبض وكيل المسكين فى الصدقـــــــة (٤٣) ،

---

(٣٩) وهو أن يكون أهلا للتصرف ، أى وهذا المعنى موجود فى الوقف ، فصـــح أن يلزم من أهل التصرف ، كما لزم العتق من أهل التصرف .

(٤٠) حيث يزول ملكه عنه به فى حال الحياة. أى عندكم ، يعنى الحنفيـــــة ، أنظر الهداية جـ٥ ص ٤٢٢.

بجامع تحبيس الاصل وتسبيل المنفعة فى كل من الاصل وهو وقف المسجـــد والفرع وهو وقف غير المسجد .

ولما كان حكم الاصل زوال الملك عنه به فى حال الحياة ، كان حكم الفــــرع كذلك فيزول ملكه عن الموقوف بالوقف فى حال الحياة أيضا لذلك .

(٤١) أى اتصال الصلاة بالمسجد .

(٤٢) فى نسخة ((ب)) : القرابة .

(٤٣) حيث يزول به ملك المتصدق عن الصدقة .

بجامع ان كلا بمنزلة القربة ، اما الاصل فهو قبض وكيل المسكين فـــى الصدقة ، وأما الفرع فهو اتصال الصلاة بالمسجد .

ولما كان حكم الاصل زوال الملك به فى حال الحياة ، كان حكم الفــــرع كذلك فيزول ملك الواقف عن العين الموقوفة فى حـــال الحياة أيضــــا لذلك .

وهـــذا (٤٤) قول مجرد (٤٥).

قيل : (٤٦) يجب اذا سلم الوقف الى الحاكم أن يلزم ، لانه نائب عن الموقـــوف عليه في حقوقه ، (٤٧) كما قال محمد (٤٨).

قالوا : روى عن ابن عباس (٤٩) أنه قال : لما نزلت سورة النساء وفرض فيها الفرائض (٥٠) قال النبي صلى الله عليه وسلم (لا حبس بعد سورة النساء) (٥١).

---

(٤٤) أى الوقف في غير المسجد .

(٤٥) أى عن الاتصال بالقبض ، أى فلا يزول ملك الواقف عنه في حال الحياة . أى وهذا فارق بين الاصل والفرع في قياسكم وقف غير المسجد على وقف المسجد . أى وبه يبطل قياسكم المذكور .

(٤٦) سقط قوله (قيل) من نسخة ((ب)) . ووصل مابعدها بما قبلها بالفاء هكذا : وهذا قول مجرد فيجب . . الخ .

(٤٧) أى واذا سلمه للحاكم وجب أن يزول عنه ملكه ، أى والحال أن أبا حنيفة لا يقول ذلك وانما يقول بلزومه اذا حكم به الحاكم أو علقه الواقف بموته . أى فبطل تعليلهم المذكور .

(٤٨) أى ابن الحسن . أنظر الهداية جـ٥ ص ٤١٩ .
وأما محمد فهو ابن الحسن بن واقد الشيباني ، أبو عبد الله . قدم أبوه من بلاد الشام الى العراق ، فولد محمد بواسط ونشأ بالكوفة ، وطلب الحديث ، فسمع مسعرو مالك والأوزاعى والثورى وغيرهم ، وصحب أبا حنيفة الامام وأخذ الفقه عنه ، وقد كان أعلم الناس بكتاب الله ماهرا في العربية والنحو والحساب ، قال الشافعى : أخذت من محمد وقر بعير من علم ومارأيت رجلا سمينا أخف روحا منه . أهـ وهو الذى نشر علم أبى حنيفة في تصانيفه ، قيل : انه صنف تسعمائة وتسعين كتابا . أشهرها مايسمى بكتب ظاهر الرواية ، وهي ستة كتب المبسوط والجامع الكبير والجامع الصغير ، والسير الكبير والسير الصغير والزيادات . وله أيضا كتاب الاثار والموطأ ، وغير ذلك . ولاه الرشيد القضاء بالرقة ، ثم عزله ، ولمـــا خرج الرشيد الى خراسان صحبه محمد فمات في الرى ، سنة تسع وثمانين ومائة . أنظـــر الفوائد البهية ص ١٦٣ ، الاعلام جـ٦ ص ٨٠ .

(٤٩) أنظر ترجمته في المسألة رقم (٥٨) هامش (٥٣) .

(٥٠) يعني آيات الميراث ، وهي قوله تعالى : (يوصيكم الله في أولادكم للذكـــــر مثل حظ الانثيين فان كن نساء فوق اثنتين فلهن ثلثا ماترك ، وان كانـــت واحدة فلها النصف ولأبويه لكل واحد منهما السدس مما ترك ان كان له ولد . .) الآيات من سورة النساء ، رقم ١١ و ١٢ .

(٥١) رواه البيهقي جـ٦ ص ١٦٢ . كتاب الوقف ، باب من قال : لا حبس عـــــن فرائض الله عز وجل .

=

قلنا : المراد به الحبس المسقط لفرائض الله عز وجل ، وهو مازاد على الثلث، (٥٢)

= من ثلاثة طرق :

الأول : من طريق يحيى بن يحيى أنبأ عبد الله بن لهيعة عمن سمع عكرمة يحدث عن ابن عباس أنه قال لما نزلت الفرائض في سورة النساء قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا حبس بعد سورة النساء .

الثاني : من طريق كامل بن طلحة ثنا ابن لهيعة ثنا عيسى بن لهيعة عن عكرمة قال : سمعت ابن عباس يقول سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول ... الخ .

الثالث : من طريق عمرو بن خالد ثنا ابن لهيعة عن أخيه عيسى ابن لهيعة عن عكرمة عن ابن عباس قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : لا حبس عن فرائض الله .

وجميعها ضعيفة ، أما الأول في سنده عبد الله بن لهيعة وهو ضعيف الا أن يروى عنه ابن المبارك وابن وهب والمقرى ، أنظر الديوان ص ١٧٥ ، رقم / ٢٢٧٤ وفيه جهالة أيضا اذ فيه : عمن سمع عكرمة . فهم لا يعرفون . واما الثاني ففيه ابن لهيعة واخوه ، وهما ضعيفان وكذا في الطريق الثالث، وقد ذكر البيهقي ذلك ثم قال : وهذا اللفظ - يعني لا حبس عن فرائض الله - انما يعرف من قول شريح .أهـ.

وقال الدارقطني أيضا : لم يسنده غير ابن لهيعة عن أخيه وهما ضعيفان . سنن الدارقطني جـ٤ ص ٦٨ رقم / ٤ .

بل حكم ابن حزم على حديث ابن عباس المذكور بالوضع وبضعف ابن لهيعة واخيه ، أنظر المحلى جـ١٠ ص ١٧٨ .

(٥٢) لحديث سعد بن أبي وقاص قال : عادني النبي صلى الله عليه وسلم فقلت أوصي بمالي كله ، قال : لا ، قلت : فالنصف ؟ قال : لا . فقلت : أبالثلث ؟ فقال نعم ، والثلث كثير .أهـ.

رواه مسلم جـ٣ ص ١٢٥٢ كتاب الوصية ، باب الوصية بالثلث . رقم / ٧ .

فـــان الفرائـــض به (٥٣) تتعلق .

قالوا : روى بريدة (٥٤) أن رجلا وقف ، فأبطله رسول الله صلى الله عليه وسلم (٥٥).

قلنا : ابطال وقف لا يدل على بطلان كل وقف ، كما لو أبطل بيعاً (٥٦) لـــم يدل على بطلان كل بيع .

قالوا : روى عن شريح (٥٧) انه قال : جاء محمد بمنع (٥٨) الحبس ، وروى - باطلاق الحبس .

---

(٥٣) أى بما زاد على الثلث.

(٥٤) هو بريدة بن الحصيب بن عبد الله بن الحارث بن الأعرج الأســــلمى ، اسلم حين مرّ به النبى صلى الله عليه وسلم يوم الهجرة بالغميم ، واقام بريدة فى موضعه الى مابعد بدر واحد ، ثم قدم المدينة ، وقيل: اسلم منصـــرف النبى صلى الله عليه وسلم من بدر ، سكن البصرة لما فتحت ، وفى الصحيحين انه غزا مع النبى صلى الله عليه وسلم ست عشرة غزوة ، وقد غزا خراسان فـــى زمن عثمان ، ثم تحول الى مرو فسكنها الى أن مات فى خلافة يزيد بن معاوية ، قال ابن سعد : مات سنة ثلاث وستين .
أنظر الاصابة جـ١ ص ١٤٦ رقم / ٦٣٢ .

(٥٥) لم أعثر عليه فى مظانه من كتب الحديث .

(٥٦) كبيع العينة والربا نسيئة وفضلا . ونحو ذلك .

(٥٧) أنظر ترجمته فى المسألة رقم (٤٠) هامش (١٥) .

(٥٨) فى الاصل ونسخة ((ب)) : ببيع الحبس . / ولعل الصواب ما أثبتناه ، كمـــا فى رواية البيهقى الآتية .
والاثر رواه البيهقى جـ٦ ص ١٦٣ كتاب الوقف ، باب من قال : لا حبس عـــن فرائض الله عز وجل ولفظه : جاء محمد صلى الله عليه وسلم بمنع الحبـــس . أهـ ولم يتعقبه فى الجوهر النقى عليه بشئ . =

قلنا : هو مرسل (٥٩) ، ثم يحتمل انه أراد الحبس الذى فى الجاهلية (٦٠).
قالوا : روى أن عبد الله بن زيد (٦١) جعل حائطا له صدقة ، وجعلـــه

= ورواه ابن حزم بلفظ : جاء محمد باطلاق الحبس. أهـ المحلى جـ ٩ ص ١٧٧.
ثم قال بعد رواية اثر آخر عن شريح : هذا منقطع. أهـ ومراده الاثر الأول.
لانه قال بعد ذلك : وأما قوله - أى شريح فى الاثر الثانى - : لا حبس عن فرائض الله فقول فاسد.

(٥٩) لانه من قول شريح وهو تابعى ، وقد رواه عن النبى صلى الله عليه وسلم .

(٦٠) وقد فسرها الشافعى بقوله : الحبس التى جاء رسول الله صلى الله عليه وسلم باطلاقها ... هى بينة فى كتاب الله عز وجل ،. قال الله عز وجل : (ماجعل الله من بحيرة ولا سائبة ولا وصيلة ولا حام) المائدة آية / ١٠٣ ، قال - : فهذه الحبس التى كان أهل الجاهلية يحبسونها فابطل الله شروطهم فيها - ثم فسرها فقال - : وهى ان الرجل كان يقول اذا نتج فحل ابله ثم القح فانتج منه : هو حام ، أى قد حمى ظهره ، فيحرم ركوبه ويجعل ذلك شبيها بالعتق له ويقول فى البحيرة والوصيلة على معنى يوافق بعض هذا . ويقول لعبده : انت حرّ سائبة لا يكون لى ولاؤك ولا علىّ عقلك. أهـ الأم جـ ٤ ص ٥٢.
وأنظر تفسير سعيد بن المسيب لها أيضا فى البيهقى جـ ٦ ص ١٦٣ كتاب الوقف باب ماجاء فى البحيرة والسائبة والوصيلة والحام .

(٦١) هو عبد الله بن زيد بن عبد ربه بن ثعلبة بن عبد الله بن زيد ، من بنى حشم بن الحارث بن الخزرج الأنصارى الخزرجى الحارثى ، شهد العقبة وبدرا وسائر المشاهد مع رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وهو الذى ارى الاذان فى النوم ، فأمر به رسول الله صلى الله عليه وسلم بلالا على ماراه عبد الله بن زيد هذا ، وكانت رؤياه ذلك فى السنة الأولى من الهجرة بعد بناء النبى صلى الله عليه وسلم مسجده ، يكنى أبا محمد ، =

الى رسول الله (٦٢) ، فأتى أبواه النبى صلى الله عليه وسلم فقالا : يارسول الله لم يكن لنا عيش الا هذا الحائط ،فرده (٦٣) عليهما ، ثم ماتا فورثهما. (٦٤)

= حمل راية بنى الحارث يوم الفتح ، توفى بالمدينة سنة ثنتين وثلاثين ، وصلى عليه عثمان . أنظر الاستيعاب جـ٢ ص ٣١١ .

(٦٢) زاد فى نسخة ((ب)) : صلى الله عليه وسلم ./ أى جعل تعيين مستحقيه الى رسول الله صلى الله عليه وسلم والا فان رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تحل له الصدقة أصلا لا موقوفة ولا غير موقوفة .

(٦٣) فى نسخة ((ب)) : فردها ./ أى الصدقة . والتذكير يعود الى الحائط .

(٦٤) أى ولدهما ، ووجه الاحتجاج به : انه لو زال ملكه عنه بالوقف لما رده اليهما .

والحديث رواه البيهقى جـ٦ ص ١٦٣ كتاب الوقف ، باب من قال : لا حبس عن فرائض الله عز وجل عن أبى بكر بن محمد بن عمرو بن حزم عن عبد الله بن زيد بن عبد ربه ، الذى أرى النداء ، انه اتى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : يارسول الله حائطى هذا صدقة ، وهو الى الله ورسوله ، فجاء أبواه فقالا : يارسول الله ، كان قوام عيشنا ، فرده رسول الله صلى الله عليه وسلم اليهما ثم ماتا فورثهما ابنهما بعد .أهـ.

ثم قال البيهقى : هذا مرسل ، أبو بكر بن حزم لم يدرك عبد الله بن زيد . وروى من أوجه اخر كلهم مراسيل .أهـ.

وقال ابن حزم : انه منقطع ،لأن أبا بكر لم يلق عبد الله بن زيد قط . أهـ المحلى جـ١٠ ص ١٧٨ .

ورواه الدارقطنى جـ٤ص ٢٠١ كتاب الاحباس، رقم/ ١٩ ثم قال : وهذا مرسل .أهـ

قلنا : ذاك (٦٥) كان لابويه ،الا ترى انه رده عليهما دونه ، ولانه ورثهما ، فلو كان له لما ورثه منهما . (٦٦)

قالوا : ازالة ملك عن غير الرق ، (٦٧) فلم يصح بقوله ،كصدقة التطوع والهبة والبيع . (٦٨)

قلنا : نقلب : (٦٩) فجاز أن يلزم فى حياته من غير حكم ، (٧٠) قياسا على ماقالوه ، (٧١)

---

(٦٥) أى الحائط المتصدق به فى الحديث.

(٦٦) فدل على أن سبب الرد فى الحديث هو أنه تصدق بمال غيره .

(٦٧) أى عن غير الرقيق ، واما الرقيق فيزول الملك عنه بالقول المجرد أعنى بلفظ العتق ، ولا يتوقف نفوذه على القبول من العبد .

(٦٨) حيث لا يتم العقد فيها الا بالقبض بعد رضى المتصدق عليه والموهوب له والمشترى .

بجامع ازالة الملك فى كل من الأصل وهو صدقة التطوع والهبة والبيع ، والفرع وهو الوقف ،

ولما كان حكم الاصل عدم زوال الملك عنها بالقول فقط ، كان حكم الفرع كذلك، فلا يزول الملك عن الموقوف بالقول أيضا لذلك .

(٦٩) أى فنرتب على العلة التى ذكرتم حكما آخر ثم نقيسه على أصلكم الذى ذكرتموه .

فنقول : ازالة ملك عن غير الرق فجاز أن يلزم فى حياته من غير حكم حاكم ، كصدقة التطوع والهبة والبيع .

(٧٠) أى من غير حكم حاكم بانتقال الملك فيه عن المالك .

(٧١) وهو صدقة التطوع والهبة والبيع ، حيث تصح هذه العقود من غير حكم حاكم .

بجامع ازالة الملك فى كل من الاصل وهو صدقة التطوع والهبة والبيع ، والفرع وهو الوقف .

=

ثم ذاك (٧٢) نقل ملك الى آدمى ولهذا يعتبر رضاه ،فلم يصح بقوله (٧٣) ، وهـذا (٧٤) نقل ملك الى الله عز وجل ،ولهذا لا يعتبر فيه الرضا ،فصّح بقوله (٧٥) ، كالعتق (٧٦) .

قالوا : عقد يقصد به المنفعة ،فلا يزول به الملك فىالرقبة ،كالاجارة (٧٧) .

= ولما كان حكم الاصل صحتها من غير حكم حاكم ، كان حكم الفرع كذلك فيصح الوقف من غير حكم حاكم وينتقل به الملك فى حياة الواقف أيضا لذلك .

(٧٢) فى نسخة ((ب)) : ذلك . / الاشارة الى صدقة التطوع والهبة والبيـع .

(٧٣) أى من غير قبول الطرف الآخر وقبضه .

(٧٤) أى الوقف .

(٧٥) أى وحده ،دون أن يكون قبول من الموقوف عليه ولا قبض من الحاكـم . أى وهذا فارق بين الاصل والفرع فيبطل به قياسهم المذكور.

(٧٦) حيث يصح بقوله من غير حكم حاكم ولا رضى العبد .

بجامع عدم اعتبار الرضا فى كل من الاصل وهو العتق والفرع وهو الوقـف . ولما كان حكم الاصل صحته بقوله من غير حكم حاكم ، كان حكم الفـرع كذلك فيصح الوقف بقوله من غير حكم حاكم أيضا لذلك .

(٧٧) حيث لا يزول بها ملك صاحب العين المؤجرة عنها .

بجامع قصد المنفعة فى كل من الاصل وهو عقد الاجارة والفرع وهو عقـد الوقـف .

ولما كان حكم الاصل عدم زوال الملك بها ، كان حكم الفرع كذلك فلا يـزول الملك عن العين الموقوفة أيضا لذلك .

قلنا : لو كان[٧٨] عقدا لافتقر الى الرضا والقبول ، ثم الاجارة عقد على المنفعة ،فهو كمخارجة العبد ،[٧٩] وهذا[٨٠] ازالة ملك عن العين على وجه القربة ،فهو كالعتق ،[٨١] يؤكده ان الاجارة لو وصى بها لم يزل الملك في الرقبة ،[٨٢] بخلاف الوقف .[٨٣]

---

(٧٨) أى الوقف .

(٧٩) وهى أن يأذن السيد لعبده بالعمل مع الغير على أن يكون للسيد ما يكتسبه العبد .

والجامع فى القياس المذكور هو أن كلا عقد على منفعة ، اما الاصل فهو مخارجة العبد ، واما الفرع فهو الاجارة .

ولما كان حكم الاصل عدم زوال الملك عن العبد بالمخارجة ، كان حكم الفرع كذلك فلا يزول الملك عن العين بالاجارة أيضا لذلك .

(٨٠) أى الوقف .

(٨١) حيث يزول به ملك السيد عنه .

بجامع ازالة الملك عن العين على وجه القربة ،فى كل من الاصل وهو العتق ، والفرع وهو الوقف .

ولما كان حكم الاصل زوال ملك السيد عن العبد به ، كان حكم الفرع كذلك فيزول ملك الواقف عن الموقوف أيضا لذلك .

(٨٢) أى بعد موت الموصى . لأن الوصية منصبة هنا على المنفعة دون العين .

(٨٣) حيث يزول الملك عن الموقوف اذا أوصى بوقفه ،بعد موته. لأن الوصية هنا منصبة على العين والمنفعة معا .

قالوا : لو زال ملكه ، لما اعتبر شروطه ، (٨٤) كالعتق . (٨٥)

قلنا : بالبيع يزول ملكه ثم تعتبر شروطه من الخيار والبراءة من العيوب ، (٨٦)
ثم يبطل به اذا وصى به ، (٨٧) ويخالف العتق ، فان تصرف الحر فى نفسه معلوم ،
فلايحتاج الى شرطه ، (٨٨) والوقف لا يعلم (٨٩) مصرفه ، فاعتبر فيه شرطه . (٩٠)

---

(٨٤) أى شروط الواقف ، كما اذا اشترط أن يكون وقفا على اليتامى أو الأرامل أو نحو ذلك . فيجب مراعاة شرطه بانفاق الموقوف على من شرط الواقف الصرف اليهم .
أى وان قد اعتبرت شروطه دل ذلك على أن ملكه لم يزل عن الموقوف بالوقف .

(٨٥) حيث لا تعتبر شروط المعتق بعد العتق . كأن يقول : اعتقتك على أن تعمل حدادا أو نجارا ونحو ذلك .
لأن العتق قد وقع بمجرد قوله : اعتقتك ، ثم الشرط بعده ان شاء العبد التزم به وان شاء لم يلتزم ، لانه بالحرية أصبح مختارا .

(٨٦) أى فدل على أن اعتبار الشروط فى الوقف ، لا يدل على عدم زوال الملك عن الموقوف ، لأن هذه العلة ذاتها موجودة فى البيع حيث تعتبر فيه شروط المشترى ثم لا يدل ذلك على عدم زوال ملك البائع عن المبيع .

(٨٧) أى اذا وصى بالوقف حيث يصح ويزول به ملكه عنه بالموت ، عند أبى حنيفة أنظر الهداية جـ٣ ص ٤١٨ . أى ويلزم العمل بشروطه فى الوصية به أيضا .

(٨٨) أى الى شرط السيد عليه التصرف بعد العتق بشئ معين ، لانه بعد العتق مالك لامر نفسه .

(٨٩) فى نسخة ((ب)) : ./ لم ./ أى لم يعلم مصرفه لتعدده وتنوعه .

(٩٠) أى شرط الواقف .
أى وبهذا فارق الاصل الفرع فى قياسهم الوقف على العتق ، والقياس مع الفارق باطل .

* مسألة (٣٠٩) : يجوز وقف كل ماله غلة.[١] / ١٨٣ش.

وقال أصحاب أبو حنيفة : لا يلزم وقف المنقولات وان أخرج مخرج الوصية .

---

(١) الغلة : بفتح المعجمة فلام مشددة هى كل شئ يحصل من ريع الأرض أو اجرتها ونحو ذلك .

والريع : بفتح فسكون هو الزيادة والنماء ، تقول راعت الحنطة وغيرها ريعا ، من باب باع ، اذا زكت ونمت .

وجمع الغلة غلات وغلال . أنظر المصباح جـ٢ ص ١٠٥ و جـ١ ص ٢٦٦.

فكل عين معلومة يصح بيعها ويمكن الانتفاع بها مع بقاء عينها يصح وقفها .

كالعقار والمنقولات .

وأنظر المسألة فى : الأم جـ٤ ص ٥٧. الوجيز جـ١ ص ٢٤٤. المنهاج ص ٨٠.

وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى جـ٢ ص ٤٩١ . كشاف القناع جـ٤ ص ٢٦٩.

المغنى جـ٦ ص ٣٦.

واليه ذهب المالكية أيضا:

أنظر : الشرح الكبير جـ٤ ص ٧٦. الجواهر جـ٢ ص ٢٠٥. شرح المنح : جـ٤ ص ٣٥ ومابعدها .

وذهب ابن حزم الى جواز الوقف فى الاصول من الدور والارضين بما فيها من الغراس والبناء ان كانت فيها ، وفى الارحاء ، والمصاحف والدفاتر وكذا فى العبيد والسلاح والخيل فى سبيل الله فى الجهاد فقط ،

ولا يجوز فى شئ غير ماذكره أصلا .

أنظر المحلى جـ١٠ ص ١٧٣.

وقال أبو يوسف [٢] : لا يجوز وقف [٣] غير العقار الا الخيل والسلاح في سبيل الله وبقر الضيعة. [٤]

لنا : ان النبى صلى الله عليه وسلم قال : (اما خالد فقد ظلمتوه ، فانه

---

(٢) هو يعقوب بن ابراهيم بن حبيب ، كان صاحب حديث ، حافظا ، لزم أبا حنيفة وغلب عليه الرأى ، وولى قضاء بغداد فلم يزل بها الى أن مات فى خلافة هارون الرشيد ، وابنه يوسف ولى قضاء الجانب الغربى فى حياة أبيه ، وأبو يوسف كان هو المقدم من أصحاب الامام ، وهو أول من وضع الكتب على مذهب أبى حنيفة واملى المسائل ونشرها ، وبث علم أبى حنيفة فى الاقطار ، له كتب منها : الامالى ، والنوادر والخراج ، قال ابن عدى : ليس فى أصحاب الرأى أكثر حديثا منه الا أنه يروى عن الضعفاء الكثير ، وكثيرا ما يخالف أصحابه ويتبع الاثر ، واذا روى عنه ثقة وهو عن ثقة فلا بأس به ، توفى سنة ١٨٣.

أنظر الفوائد البهية ص ٢٢٥ ، الميزان جـ٤ ص ٤٤٧.

(٣) فى نسخة ((ب)) : لا يجوز غير وقف العقار .

(٤) وعن محمد بن الحسن انه يجوز وقف مافيه تعامل من المنقولات كالفأس والمرو والقدوم والمنشار والجنازة وثيابها والقدور والمراجل والمصاحف. خلافا لأبى يوسف .

أنظر : الهداية جـ٥ ص ٤٢٩ . التبيين جـ ٣ ص ٣٢٧ . مجمع الأنهر جـ١ ص ٧٣٨.

حبس ادرعه (٥) واعتده (٦) في سبيل الله (٧) ولانه عين يمكن الانتفاع

---

(٥) جمع درع ، وهى الزردية ، وتجمع على دروع وادراع ايضا . أنظر النهاية ج٣ ص ١٧٦ ، والمصباح ج١ ص ٢٠٥ .

(٦) والاعتدة جمع عتاد ، وهو جمع قلة ، والعتاد : ماعده الرجل من السلاح والدواب وآلة الحرب وتجمع على اعتد أيضا ، بسكون العين المهملة فمثناة من فوق مضمومة . أنظر النهاية ج٣ ص١٧٦ .

قال في التلخيص ج٣ ص ٦٨ رقم/ ١٣١٢ : قوله : واعتده بضم التاء المثناة فوق جمع عتد بفتحتين وهو الفرس الصلب أو المعد للركوب . أهـ

(٧) رواه مسلم ج٢ ص ٦٧٦ كتاب الزكاة ، باب في تقديم الزكاة ومنعها ، رقم/ ١١ عن أبي هريرة قال : بعث رسول الله صلى الله عليه وسلم عمر على الصدقة ، فقيل : منع ابن جميل وخالد بن الوليد والعباس عم رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : ماينقم ابن جميل الا أن كان فقيرا فأغناه الله ، واما خالد فانكم تظلمون خالدا ، قد احتبس ادراعه واعتاده في سبيل الله ، واما العباس فهي عليّ ، ومثلها معها . ثم قال : ياعمر اما شعرت ان عم الرجل صنو ابيه . أهـ

ورواه البخاري تعليقا ج١ ص ٢٥١ كتاب الزكاة ، باب العرض في الزكاة ، فقال : وقال النبي صلى الله عليه وسلم : واما خالد احتبس ادراعه واعتده في سبيل الله . أهـ .

ورواه موصولا في كتاب الزكاة أيضا ، باب قول الله تعالى (وفي الرقاب والغارمين وفي سبيل الله) . سورة التوبة آية/ ٦٠ . انظر البخاري ج١ ص٢٥٦ .

ورواه أبو داود ج٢ ص ١١٥ كتاب الزكاة ، باب في تعجيل الزكاة . رقم/ ١٦٢٣ .

ورواه النسائي ج٥ ص٣٣ كتاب الزكاة ، تحت عنوان : اعطاء السيد المال بغير اختيار المصدق .

وأنظر ترجمة خالد بن الوليد في المسألة رقم (٥٢) هامش (١٠) .

بها مع بقائها ، فأشبه العقار .(٨)

قالوا : منقول لا يبقى على وجه الدهر(٩) ، فهو كالطيب .(١٠)

قلنا : ذاك(١١) لا يصح فيه معنى الوقف ، لأنه لا يمكن الانتفاع به مع حبس العين وهذا بخلافه .(١٢)

---

(٨) حيث يجوز وقفه .
بجامع ان كلا عين يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه ، اما الاصل فالعقار واما الفرع فكل ماله غلة من منقول وغيره .
ولما كان حكم الاصل جواز وقفه ، كان حكم الفرع كذلك فيجوز وقف كل ماله غلة أيضا لذلك .

(٩) فى نسخة ((ب)) : الرهن . / لانه يشترط فى المرهون ان لا يكون مما يسرع اليه الفساد ، ليتمكن الراهن من الاستيفاء وقت المحل . ومعناه على مافى الاصل : منقول لا يبقى على وجه الدوام .

(١٠) حيث لا يصح وقفه .
بجامع ان كلا منقول لا يبقى على وجه الدوام ، اما الاصل فالطيب واما الفرع فكل ماله غلة من غير العقار .
ولما كان حكم الاصل عدم صحة وقفه ، كان حكم الفرع كذلك فلا يصح وقف كل ماله غلة من غير العقار أيضا لذلك .

(١١) أى الطيب .

(١٢) أى المنقول ، فانه ينتفع به مع بقاء عينه ، فكان فى معنى العقار .
أى وبثبوت هذا الفارق بين الفرع والاصل يبطل قياسهم المذكور .

قالوا : مالا يبقى (١٣) ، وقفه مؤقت ، (١٤) فصار كما لو صرح فيه بالتوقيت. (١٥)

قلنا : مالا يبقى (١٦) ، تمليكه بالبيع مؤقت ، ثم لا يصير كما لو صرح فيه بالتوقيت. (١٧)

* مسألة (٣١٠) : اذا وقف شيئا وشرط أن ينفق منه على نفسه لم يصح (١) . ١٨٣/ش

---

(١٣) أى مالا يدوم بقاؤه .

(١٤) فى نسخة ((ب)) : بوقت . / أى وهذا ينافى معنى الوقف وهو التحبيس الدائم .

(١٥) حيث لا يصح الوقف المؤقت ، لانه يعتمد الدوام .
بجامع التوقيت ، فى كل من الاصل وهو مالو صرح فى الوقف بتوقيته ، والفرع وهو مالا يدوم بقاؤه .
ولما كان حكم الاصل بطلان الوقف به ، كان حكم الفرع كذلك فلا يصح وقف المنقول أيضا لذلك .

(١٦) سقط لفظ (ما) من نسخة ((ب)) .

(١٧) أى فبطل جعل عدم بقائه علة فى بطلان وقفه ، لوجود هذه العلة فى البيع وتخلف الحكم عنها فيه . والحكم يدور مع علته الصحيحة وجودا وعدما .

(١) أى فيبطل ، وهو أصح القولين ، والثانى : انه يصح ، قال القليوبى : وعلى هذا جماعة اجلة من الأصحاب ، كابن سريج وابن الصباغ وأكثر مشايخ خراسان ، وجوز الروياني الافتاء به ، ومع ذلك هو غير معتمد فى المذهب. أهـ جـ٣ ص١٠٠ .
ومحل الخلاف: مالم يكن الوقف على جهة عامة ، والا جاز قطعا . أنظر المهذب جـ١ ص٤٤١ .
أنظر: الوجيز جـ١ ص٢٤٥ . المنهاج ص٨٠ ، ومغنى المحتاج جـ٢ ص٣٨٠ .
وهو قول المالكية لانهم يبطلون الوقف على نفسه خاصة بل ولو بشريك معه فيه ، كما لو وقف على نفسه وعلى فلان أو الفقراء ، حيث يبطل على =

وقال أصحاب أبى حنيفة : يصح [٢] .

لنا : هو أنه ازالة ملك على وجه القربة ، فلا يجوز أن يشترط [٣] عليه لنفسه ، كالعتق [٤] .

= المشهور من المذ هب ، ومحله:مالم تجر حيازة من الشريك للموقوف فان حازه صح الوقف عليه وحده دون الواقف .

أنظر: الشرح الكبير جـ٤ ص ٨٠ . الجواهر جـ٢ ص ٢٠٦ . شرح المنح : جـ٤ ص ٤٧ .

(٢) هو قول أبى يوسف ، خلافا لمحمد ، وقيل : بل يجوز اتفاقا . والصواب ان فيه خلافا ، قال فى الهداية جـ٥ ص ٤٣٧ : ولو وقف وشرط البعض أو الكل لامهات أولاده ماداموا احياء ، فاذا ماتوا فهو للفقراء والمساكين فقد قيل: يجوز بالاتفاق ، وقد قيل: هو على الخلاف أيضا ، وهو الصحيح . أهـ وشرط البعض أو الكل لامهات الأولاد كشرطه لنفسه لأن ما يكون لام الولد فى حال حياة المولى يكون للمولى . كما قال الفقيه أبو جعفر . أنظر الكفاية جـ٥ ص ٤٣٧ .

وأنظر المسألة فى : الهداية جـ٥ ص ٤٣٧ . التبيين جـ٣ ص ٣٢٨ . مجمع الأنهر جـ١ ص ٧٣٥ .

وبصحة الشرط المذكور يقول الحنابلة أيضا :

أنظر: شرح المنتهى جـ٢ ص ٤٩٤ . كشاف القناع جـ٤ ص ٢٧٤ والتى تليها . المغنى جـ٦ ص ٨ .

واليه ذهب ابن حزم أيضا : المحلى جـ١٠ ص ١٧٤ .

(٣) فى نسخة ((ب)) : ان يشرط .

(٤) حيث لا يجوز له أن يعتق العبد ويشترط عليه شيئا لمصلحة نفسه .

بجامع ازالة الملك على وجه القربة فى كل من الاصل وهو العتق والفرع وهو الوقف .

=

قالوا : لو لم يجز ذلك ماجاز (٥) لمن وقف مسجدا ان يصلى فيه (٦).

قلنا : هناك (٧) يجوز من غير شرط وهاهنا (٨) لا يجوز بشرط ولا بغير شرط (٩).

= ولما كان حكم الاصل عدم جواز أن يشترط المعتق على العبد شيئا لنفسه، كان حكم الفرع كذلك فلا يجوز أن يشترط الواقف لنفسه شيئا من الموقوف أيضا لذلك .

(٥) فى نسخة ((ب)) : لما ./ بزيادة لام على الأسم الموصول فى جواب لو، وكلاهما صحيح قال الله تعالى (لو خرجوا فيكم مازادوكم الا خبالا) سورة التوبة آية / ٤٧ .

وقال أيضا : (ولو جعلناه ملكا لجعلناه رجلا وللبسنا عليهم ما يلبسون) سورة الانعام آية / ٩ .

(٦) أى والحال انه يجوز له ذلك ، والدليل عليه أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يصلى فى المساجد مع انها وقف وهو ممن تحرم عليه الصدقة . لكن يجاب عنه بأن وقف المسجد وقف على جهة عامة فجاز له الانتفاع بها كغيره صلى الله عليه وسلم من المسلمين .

أنظر المهذب جـ١ ص ٤٤١ .

(٧) أى الصلاة فى المسجد الموقوف . أى وفى الوقف على جهة عامة أيضا .

(٨) أى فى الوقف على جهة خاصة .

(٩) فى الاصل (وهاهنا من غير شرط لا يجوز) وهو خطأ لأن فرض المسألة انه لا يجوز وان بشرط.

أى وبهذا الفارق بين الاصل والفرع يبطل قياسهم المذكور.

* مسألة (٣١١) : اذا وقف مسجدا ثم خرب ما حوله لم يعد الى ملكه (١) ./١٨٣ش،

وقال أصحاب أبى حنيفة : يعود (٢) .

---

(١) أى وتصرف غلة وقفه الى أقرب مسجد اليه ، اذا لم يتوقع عودة أهل المحلة اليها ، وقال الماوردى : تصرف الى الفقراء والمساكين ، والأول أولى .
أنظر مغنى المحتاج جـ٢ ص ٣٩٢ . زاد القليوبى جـ٣ ص ١٠٨ . أو الى أقرب الناس للواقف ان وجدوا والا فللفقراء .
أنظر المسألة : الوجيز جـ١ ص ٢٤٩ . المنهاج ص٨١ . شرح المحلى : جـ٣ ص ١٠٨ .
وهو قول المالكية الا أنه اذا لم يتوقع عودهم الى المحلة فقيل : تصرف غلته على نوع ذلك الموقوف وهو المسجد هنا فتنفق على مسجد مثله فى قرية اخرى ، وقيل : يصرف على جنس الموقوف وهو النفع العام ، كقنطرة ورباط وسبيل ماء ونحو ذلك .
أنظر: الشرح الكبير جـ٤ ص ٨٧ . الجواهر جـ٢ ص ٢٠٨ . شرح المنح : جـ٤ ص ٦١ .
وبه يقول ابن حزم ، فقد شبه الوقف بالعتق فى أنه لا يعود الى مالكه أصلا ، أنظر المحلى جـ١٠ ص ١٨٠ .

(٢) هو قول محمد خلافا لأبى يوسف . فقد قال محمد : يعود الى ملك بانيه ان كان حيا ، والى ورثته ان كان ميتا ، فان لم يعرف بانيه ولا ورثته بيع وصرف ثمنه فى بناء مسجد آخر .
أنظر الهداية جـ٥ ص ٤٤٦ وفتح القدير عليه . التبيين جـ٣ ص ٣٣٠ والتى تليها . مجمع الأنهر جـ١ ص ٧٤٨ .
وذهب الحنابلة الى وجوب بيعه وصرف ثمنه فى مثله ، وان شرط واقفه عدم بيعه .
أنظر : شرح المنتهى جـ٢ ص٥١٤ والتى تليها . كشاف القناع جـ٤ ص ٣٢٣ . وفى المغنى جـ٦ ص ٢٨ رواية أخرى انه لا يباع .

لنا : هو انه ازالة ملك الى الله عز وجل على وجه القربة ،فلم يعد الملك فيه ، كما لو أعتق عبده (٣) .

قالوا : ازالة ملك لجهة قربة من غير اتلاف ،فاذا استغنى عنه ، عاد الى ماكان قبل القربة كالميت اذا اكله السبع وعليه كفن (٤) .

قلنا : يبطل بمن اخرج شيئا الى فقير في الزكاة ،ثم استغنى الفقير (٥) ، والكفن في أحد الوجوه باق على ملك الميت ،فاذا استغنى عنه ، قسم بين

---

(٣) حيث لا يعود اليه بعده ابدا .
بجامع ازالة الملك على وجه القربة في كل من الاصل وهو العتق والفرع وهو الوقف .
ولما كان حكم الاصل عدم جواز عود الرق الى العبد بعد العتق ، كان حكم الفرع كذلك فلا يجوز أن يعود الملك الى الواقف بعد الوقف أيضا لذلك .

(٤) حيث يعود الكفن الى باذله . أنظر فتح القدير جـ٥ ص ٤٤٦ لانه بمنزلة المعير .
بجامع ازالة الملك على جهة القربة من غير اتلاف في كل من الاصل وهو مالو اكل السبع الميت وعليه كفن ،والفرع وهو مالو وقف مسجدا ثم خرب ماحوله .
ولما كان حكم الاصل عود الكفن الى مالكه ، كان حكم الفرع كذلك فيعود المسجد الى مالكه أيضا لذلك .

(٥) حيث لا يرجع المنفق على الفقير بما أخذ من الزكاة .
اى فبطل اعتبار ازالة الملك على جهة القربة من غير اتلاف علة في رجوع الواقف بما أوقفه . لأن العلة موجودة هنا في دفع الزكاة الى الفقير ، ثم اختلف الحكم فيه عنه .

الورثة[٦]، فلا نسلم انه ازالة ملك[٧]، ومن أصحابنا من قال: انه لله تبارك وتعالى، فيعود الى بيت المال[٨]، ولا يعود الى ماكان قبل القربة[٩] .

* مسألة (٣١٢): اذا وقف على ولده وولد ولده دخل فيه أولاد الابن[١] والبنت . / ١٨٣ش.

وقال أصحاب أبى حنيفة: لا يدخل فيه أولاد البنت.[٢]

---

(٦) أنظر مغنى المحتاج جـ٤ ص ١٦٩ . كتاب حد السرقة .

(٧) أى على هذا الوجه . لبقائه فى ملك الميت .

(٨) أنظر عميرة جـ٤ ص ١٩٣ .

(٩) فى نسخة ((ب)) : فلا يعود الى ماكان عليه قبل القربة . / أى الى المالك .

(١) المنهاج ص٨١ . شرح المحلى جـ٣ ص١٠٤ . مغنى المحتاج جـ٢ص٣٨٨ .

(٢) وهو الصحيح فى المذهب ، ومحله اذا كان اللفظ بالمفرد كما فى المسألة هنا والا بان كان بالجمع كقوله على ولدى وأولادهم فيدخل ولد البنت فيه .

أنظر مجمع الأنهر جـ١ ص ٧٤٦ .

بينما ادخل ابن الهمام بنات الابن باللفظ المفرد أيضا وهو اختيار هلال والخصاف وصححه فى فتاوى قاضيخان ، بل انكر الخصاف رواية حرمان أولاد البنات وقال : لم أجد من يقول برواية ذلك عن أصحابنا ، وانما روى عن أبى حنيفة فيمن أوصى بثلثه لولد زيد بن عبدالله فان وجد له ولد ذكور واناث لصلبه يوم يموت الموصى كان بينهم ، فان لم يكن له ولد لصلبه بل ولد ولد من أولاد الذكور والاناث ، كان لولد الذكور دون البنات، - قال - : فكأنهم قاسوا على ذلك . أهـ أى فكأنهم قاسوا ذلك فى الوقف على الوصية .

ثم قال ابن الهمام : وذكر محمد رحمه الله ان ولد الولد يتناول ولد البنت =

لنا : هو أن ولد البنت ولد ولده حقيقة ، فهو كولد الابن[٣]، ولانه اذا دخل فيه ولد الابن وهو مظنون[٤]، فلأن يدخل ولد البنت وهو معلوم أولى[٥].

= عند أصحابنا ، لكن ذكر المصنف - يعنى صاحب الهداية - فى التجنيس أن الفتوى على ظاهر الرواية . أهـ

ثم علل ذلك بأن تناوله لولد البنت انما هو من حيث اللغة ، ولا كذلك فى العرف وعليه يحمل كلام الواقف .

أنظر فتح القدير جـ٥ ص ٤٥١ والتى تليها .

وبعدم دخول ولد البنت فى الوقف هنا يقول الحنابلة أيضا :

أنظر : شرح المنتهى جـ٢ ص ٥٠٨ . كشاف القناع جـ٤ ص ٣١٧ . وذكر فى المغنى جـ٦ ص ١٦ رواية انهم يدخلون .

وللمالكية فى دخول ولد البنت قولان أيضا، المشهور منهما: عدم الدخول .

أنظر: الشرح الكبير جـ٤ ص ٩٣ . الجواهر جـ٢ ص ٢١٠ . شرح المنح : جـ٤ ص ٧٤ .

ولم أقف لابن حزم على رأى فى هذا اللفظ ، لكنه يمنع من دخول ولد البنت فى قوله: وقفته على عقب العقب . أنظر المحلى جـ١٠ ص ١٨٧ .

(٣) أى فيدخل فى مستحقى الوقف على الولد وولد الولد .

(٤) وذلك لاحتمال أن تكون امه قد ولدته سفاحا من غير أبيه .

(٥) اذ لا مدخل للشك هنا فى انه ابنها هى ، واما كونه من الزوج فمظنون ، فكان جانبها أقوى من جانب ابن الابن ، ولذلك كانت أولى بالدخول فى استحقاق الوقف على الولد وولد الولد من الابن وابن الابن ، لذلك .

قالوا : لا ينسب اليه فى العادة ولا يشرف بشرفه ،ولهذا قال الشاعر:(٦)

بنونا بنوا أبنائنا وبناتنـــا ∴ بنوهن ابناء الرجال الأباعد .

قلنا : وإن(٧) لم ينسب اليه الا انه ولد ولده ،فدخل فى الوقف ،كولـــد المرأة(٨) لا ينسب اليها ثم يدخل فى وقفها على الولد(٩) .

---

(٦) قيل: هو الفرزدق ، وقيل: لا يعلم قائله رغم شهرته فى كتب النحو والبلاغـــة والفرائض . أنظر منحة الجليل بتحقيق شرح ابن عقيل جـ١ ص ٢٣٣ - الشاهد رقم / ٥١ .

(٧) سقطت الواو من الاصل . والأولى اثباتها كما فى نسخة ((ب)) .

(٨) زاد فى نسخة ((ب)) : كولد المرأة من غير عصبتها .

(٩) زاد فى نسخة ((ب)) : على الولد للعصبة .

حيث يشمله الوقف .

بجامع عدم الانتساب الى الواقف فى كل من الاصل وهو ولد المرأة والفرع وهو ولد البنت .

ولما كان حكم الاصل ثبوت حقه فى وقف المرأة على ولدها ،كان حكم الفـــرع كذلك فيدخل ولد البنت فى الوقف على ولد الولد أيضا لذلك .

" مسائل الهبة " (*)

×××××××××××

* مسألة (٣١٣) : يصح هبة المشاع.(١) /١٨٣ش.

(*) زاد فى نسخة ((ب)) البسملة بعد العنوان المذكور.

والهبة مصدر وهب يهب وهبا ، بوزن وضع يضع وضعا ، ويجوز فتح الهاء فيها أيضا فتقول : وهبا ، وهبة بكسرها . والاسم موهب وموهبة ، بكسر الهاء فيهما ، أنظر المختار ص ٧٣٧.

ويتعدى الى الأول باللام ، قال تعالى (يهب لمن يشاء اناثا ويهب لمن يشاء الذكور) سورة الشورى آية/ ٤٩ ، ولا يتعدى بنفسه ، فلا يصح : وهبتك مالا .

قال ابن القوطية والسرقسطى والمطرزى وغيرهم : وقد يجعل له وجه ، وهو أن يضمن وهب معنى جعل ، فيتعدى بنفسه الى مفعولين ، ومن كلامهم : وهبنى الله فداك ، أى جعلنى ، لكن لم يسمع فى كلام فصيح . أهـ المصباح : جـ٢ ص ٣٥١.

وهى فى الشرع تمليك بلا عوض فى حال الحياة تطوعا .

والفرق بين الهبة والهدية، هو ان الهدية ينقلها صاحبها الى الموهوب له فى مكانه ، سواء نقلها اليه بنفسه أو بغيره . ولا يشترط فيها ايجاب وقبول .

والاصل فى مشروعيتها: قول الله تعالى (فان طبن لكم عن شئ منه نفسا فكلوه هنيئا مريئا) سورة النساء آية/ ٤ . وقوله تعالى (واتى المال على حبه) سورة البقرة آية /١٧٧.

وقول النبى صلى الله عليه وسلم (تهادوا تحابوا) رواه البيهقى جـ٦ ص١٦٩ كتاب الهبات باب التحريض على الهبة . عن أبى هريرة مرفوعا . وقوله تحابوا =

....

= ان كان بتشديد الباء الموحدة كانت من المحبة، وبالتخفيف من المحاباة .
قال ابن حجر : واورده ابن طاهر فى مسند الشهاب من طريق محمد ابن بكير عن ضمام بن اسماعيل عن موسى بن وردان عن أبى هريرة ، واسناده حسن . أهـ التلخيص جـ٣ ص ٦٩ رقم / ١٣١٥ ،
وروى البخارى جـ٢ ص ٨٧ كتاب الهبات عن أبى هريرة مرفوعا : يانساء المسلمات لا تحقرن جارة لجارتها ولو فرسن شاة . أهـ .
وقد اجمع الفقهاء على مشروعيتها . كما فى رحمة الأمة ص ١٨٤ ، الا انها قد تحرم كما لو وهب ارباب الولايات والمناصب مالم تكن عادته الاهداء اليه قبل توليه المنصب ، وقد تكره كما لو وهب من يستعين بها على معصية . أنظر مغنى المحتاج جـ٢ ص ٣٩٦

(١) أى غير المقسوم من الاملاك . تقول سهم شائع ومشاع اذا كان غير مقسوم . أنظر المختار ص ٣٥٣ .
وسواء كان المشاع منقولا أو غير منقول ، ومن شريك أو من غير شريك ، وسواء كان المشاع مما ينقسم كالثوب ، أو مما لا يقبل القسمة كالعبد فان هبته صحيحة .
أنظر : الأم جـ٤ ص ٦٢ . الوجيز جـ١ ص ٢٤٩ . مغنى المحتاج جـ٢ ص ٤٠٠ .
وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى جـ ٢ ص ٥٢٢ . كشاف القناع جـ٤ ص ٣٣٧ . المغنى جـ٦ ص ٤٥ .
قالوا : ويعتبر فى قبض المشاع اذن الشريك وتكون حصة الشريك وديعة عند الموهوب له فان أبى الشريك تسليم نصيبه قيل للمتهب : وكل شريك فى قبضه لك .
وبجواز هبة المشاع يقول المالكية أيضا .
أنظر : القوانين ص ٣٩٧ . البداية جـ٢ ص ٣٥٠ . اسهل المدارك جـ٣ ص ٩٠ .
وهو قول ابن حزم : المحلى جـ١٠ ص ١٢٦ .

وقال أبو حنيفة : لا يصح فيما ينقسم.(٢)

لنا : هو انه تمليك مال ، فصح فى المشاع والمفرد ، كالبيع(٣) ، ولان ما جاز هبته جاز هبة بعضه ، دليله مالم(٤) ينقسم .

قالوا : يمكن حيازته ، فلا تجوز هبته قبل الحيازة ، كالصوف على ظهر الحيوان.(٥)

---

(٢) ومحله: مالم يقسم المشاع ويسلم الموهوب له السهم الموهوب ، لان تمام الهبة بالقبض .
أنظر : الهداية جـ٧ ص ٤٩١ . التبيين جـ٥ ص ٩٣ . مجمع الأنهر : جـ٢ ص ٣٥٦ .

(٣) حيث يجوز بيع المشاع وغير المشاع .
بجامع ان كلا تمليك مال ، اما الاصل فالبيع ، واما الفرع فالهبة .
ولما كان حكم الاصل جواز بيع المشاع ، كان حكم الفرع كذلك فيجوز هبة المشاع أيضا لذلك .

(٤) فى نسخة ((ب)) : فيما لا ينقسم . / حيث يجوز هبة بعض مالا ينقسم ، فدل على جواز هبة المشاع مما ينقسم بطريق الأولى .

(٥) حيث لا يجوز هبته على ظهر الحيوان قبل جذه .
أنظر مجمع الانهر جـ٢ ص ٣٥٦ .
بجامع امكان الحيازة ، فى كل من الاصل وهو الصوف على ظهر الحيوان والفرع وهو الملك المشاع .
ولما كان حكم الاصل بطلان هبته كذلك ، كان حكم الفرع كذلك فلا يصح هبة المشاع قبل القسمة أيضا لذلك .

قلـنا : الصوف لا يجوز بيعه ، والمشاع يجوز بيعه ، (٦) ولأن هنـــاك (٧) لو وهب مالا يمكن حيازته وهو يد الشاة (٨) أو رجلها لم يجز ، (٩) ولو وهـب ها هنا (١٠) مالا يمكن حيازته وهو المشاع فيما لا ينقسم ، جاز . (١١)

قالوا : الملك في الهبة يقف على القبض ، كما يقف على القبول في البيـع ، والقبض لا يتم الا بالقسمة ، (١٢) ولهذا يجوز للمشترى مطالبة البائع بالقسـمة ، (١٣)

---

(٦) لعدم القدرة على التسليم فى الصوف شرعا ، لما انه قد يؤدى الى المبالغة فى الجز فيتألم به الحيوان . وأيضا لا تصال ملك البائع وهو مانما مـن الصوف بعد البيع بملك المشترى وهو ماوقع عليه البيع من الصوف ، فيتعذر التسليم لذلك .

واما المشاع فيجوز بيعه ، لامكان القبض فيه بقبض جميع المشاع سواء كـان منقولا أو لم يكن ،

أنظر مغنى المحتاج جـ٢ ص ٤٠٠ .

أى وهذا فارق بين الاصل والفرع ، فيبطل به قياسهم المذكور.

(٧) أى فى الاصل المقيس عليه وهو الحيوان .

(٨) أى وهى حية .

(٩) لانها لا يمكن حيازتها أثناء حياة الحيوان ، لما فيه من تعذيبه وتعريضه للتلف وذلك ممتنع شرعا . وبانفصالها من الحيوان حيا ، تصبح ميتة .

(١٠) أى فى الفرع المقيس ، وهو الملك المشاع .

(١١) أى فدل على عدم صحة اعتبار امكان الحيازة علة فى المنع من صحة هبـة المشاع لتخلفها عن هبة مالا ينقسم من المشاع ، ومع ذلك جازت هبتـه .

أى وهذا فارق آخر بين الاصل والفرع يتأكد به بطلان قياسهم المذكور.

(١٢) ليتمكن به من الحيازة .

(١٣) ليتمكن من قبض الشقص المبيع فى الملك المشاع .

كما يملك مطالبته بالقبض ،(١٤) والقسمة لم توجد(١٥) ولم يقع الملك .(١٦)

قلنا : القبض يتم دون القسمة ،(١٧) ولهذا يتعلق بقبض المشاع جميع أحكام القبض في البيع(١٨) فدل على تمامه ،(١٩) ثم يبطل بما لا ينقسم .(٢٠)

قالوا : لو جوزنا ذلك(٢١) لزمه(٢٢) مؤونة(٢٣) القسمة ،(٢٤) والهبة تبرع فلا توجب الضمان .(٢٥)

---

(١٤) أي بقبض المبيع المقسوم .

(١٥) أي في الملك المشاع .

(١٦) لانعدام القبض في المشاع الذي يمكن قسمته ولما ينقسم بعد .

(١٧) أي وان لم يقسم المشاع .

(١٨) منها صحة التصرف فيه بيعا وشراء وهبة ورهنا واجارة واعارة وكذا ثبوت حق الشفعة ان كان المبيع شقصا مشفوعا .

(١٩) أي على تمام البيع في المشاع بالقبض دون القسمة .

(٢٠) لانه يصح هبته وان لم تمكن حيازته وقبضه ، فدل ذلك على صحة هبة المشاع .

(٢١) أي هبة المشاع .

(٢٢) أي الواهب .

(٢٣) في نسخة ((ب)) : مؤنه . / بضم الميم فهمزة ساكنة على وزن غرفة وجمعها مؤن كغرف أي نفقة القسمة وكلفتها .

(٢٤) أي ليتمكن من اقباض السهم الموهوب .

(٢٥) للمنافاة بينهما .

قلنا : المؤونة (٢٦) لا تلزم بالهبة (٢٧) ، وانما تلزم بالشركة (٢٨) ، كما تلــــزم المهايأة (٢٩) في المنافع (٣٠) فيما لا ينقسم (٣١) .

* مسألة (٣١٤) : اذا وهب ولم يأذن في القبض ، لم يصح قبضه (١) . / ١٨٤ ى .
وقال أبو حنيفة : يصح في المجلس (٢) .

---

(٢٦) في نسخة ((ب)) : المؤنه . / أي الواجبة على الواهب بسبب القسمة .

(٢٧) أي بسببها .

(٢٨) أي بسبب فرز المال المشترك فيه لتخليصه من مال شريكه .

(٢٩) أي المناوبة .

(٣٠) أي في الانتفاع في الملك المشاع الذي لا يقبل القسمة .

(٣١) أي بسبب اشتراكهما فيه ، وعدم تمكنهما من استيفاء منفعته معا فـــي آن واحد .

(١) أي واذا قبضه بدون اذن الواهب دخل الموهوب في ضمانه ، سواء قبضـه في مجلس العقد أو بعده .
الوجيز جـ١ ص ٢٤٩ . المنهاج ص ٨٢ . مغني المحتاج جـ٢ ص ٤٠٠ .
وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى جـ٢ ص ٥٢٠ . كشاف القناع جـ٤ ص ٣٣٢ .
المغني جـ٦ ص ٤٢ .

(٢) أي استحسانا ، والقياس أن لا يصح الا باذنه لانه تصرف في ملك الغير .
وجه الاستحسان: ان القبض كالقبول في الهبة ، والمقصود من الايجاب اثبات الملك فيكون تسليطا له على القبض دلالة ، اذ ملكه لا يتصور الا به فيتقيد بالمجلس ،
أنظر: الهداية جـ٧ص ٤٨١ . التبيين جـ٥ ص ٩٢ . مجمع الأنهر جـ٢ ص ٣٥٤ .
واجاز المالكية قبضها من غير اذن المالك ولم يقيدوه بالمجلس . =

لنا : هو انه قبض من غير اذ ن ، فأشبه اذ ا قبض بعد المجلس، (٣) ولانـــه موهوب لا يصح قبضه في غير المجلس، فلم يصح في المجلس ، كما لو نهـــاه. (٤)

قالوا : قوله وهبت (٥) يقتضي القبول والقبض ، ثم القبول يصح في المجلـــس، (٦) كذلك القبض. (٧)

= أنظر: الشرح الكبير جـ٤ ص ١٠١ . الجواهر جـ٢ ص ٢١٢ . شرح المنح : جـ٤ ص ٨٩ .

واليه ذهب ابن حزم ، اذ أن الهبة عنده تتم باللفظ ولا معنى لحيازتهـــا ولا لقبضها . أنظر المحلى جـ١٠ ص ٧٤ .

(٣) حيث لا يصح به القبض .

بجامع القبض من غير اذ ن ، في كل من الاصل وهو مالو قبض بعد المجلـــس، والفرع وهو مالو لم يأذ ن بقبض الهبة بعد .

ولما كان حكم الاصل عدم صحة القبض فيه ، كان حكم الفرع كذلك فلا يصح القبض بدون اذ ن الواهب أيضا لذلك .

(٤) أي عن القبض ، حيث لا يصح به قبضه .

بجامع عدم صحة القبض فيه في غير المجلس في كل من الاصل وهو مالو نهاه عن القبض .

والفرع وهو مالو لم يأذ ن له فيه .

ولما كان حكم الاصل بطلان القبض فيه ، كان حكم الفرع كذلك فلا يصـــح القبض من غير اذ ن الواهب أيضا لذلك .

(٥) في نسخة ((ب)) : قوله : قبلت. / وهو خطأ لمخالفته فـرض المســـألـة وهو أن الواهب لم يأذ ن .

(٦) أي في مجلس القبول وهو مابين الايجاب والقبول ، لا مجلس العقد لأن الحنفية لا يقولون بخيار المجلس . انظر مجمع الانهر جـ٢ ص ٧ .

(٧) أي فيصح في المجلس وان لم يأذ ن الواهب به . =

قلنا : لا نسلم ،(٨) ولانه لو اقتضى ذلك(٩) لما بطل(١٠) بالمفارقة،(١١) كما لو صرح لمبالاذن،(١٢) ثم يبطل(١٣) بالبيع ، فان قبوله(١٤) يصح في المجلس،(١٥) ولا يجوز القبض.(١٦)

= بجامع اقتضاء الهبة له في كل من الاصل وهو القبض والفرع وهو القبول . ولما كان حكم الاصل صحته في المجلس ، كان حكم الفرع كذلك فيصح قبولها فيه أيضا لذلك .

(٨) أي بأن القبض يصح في المجلس وان لم يأذن الواهب لصحة القبول في المجلس، وذلك لعدم وجود الاذن بالقبض من الواهب .

(٩) أي لو اقتضى لفظ الهبة القبول والقبض في المجلس وان لم يأذن الواهب بالقبض .

(١٠) أي الاذن بالقبض .

(١١) أي بمفارقة الموهوب له المجلس من غير قبض ،أي والحال انه لا يصح قبضه بعد مفارقته المجلس ،فدل على بطلان قولهم ان القبض يصح في المجلس وان لم يأذن ،لصحة القبول فيه .

(١٢) حيث يصح القبض به وان فارق المجلس قبل القبض.

(١٣) أي قولهم بأن لفظ الهبة يقتضي القبول والقبض ،فاذا صح القبول في المجلس فكذلك القبض .

(١٤) أي المشترى .

(١٥) أي في مجلس العقد .

(١٦) أي قبض المبيع .أي من غير اذن البائع .

* مسألة (٣١٥) : يجوز للوالد أن يرجع فى هبة ولده.(١) / ١٨٤ ى.

---

(١) فى نسخة ((ب)) : ابنه . / وكذا رجوع غير الأب من الاصول فى المشهور . كما فى المنهاج ص ٨٢ . وشرط صحة رجوعه بقاء الموهوب فى سلطنة المتهب. فان باعه أو وهبه ونحو ذلك فلا .
أنظر المسألة فى : الوجيز جـ١ ص ٢٤٩ والتى تليها . المنهاج ص ٨٢. شرح المحلى جـ٣ ص ١١٣.
وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى جـ٢ ص ٥٢٥. كشاف القناع جـ٤ ص ٣٤٦ .
وذكر فى المغنى جـ٦ ص ٥٥ رواية اخرى بعدم الجواز.
الا أن الحنابلة خصوا جواز الرجوع بالأب الاقرب فقط . وفى الام وغيرها من الاصول خلاف .
ولجواز رجوع الأب بها أربعة شروط عندهم ذكرها ابن قدامة فى المغنى فى نفس الصفحة :
الأول : ان تكون باقية فى ملك الابن .
الثانى : ان تكون باقية فى تصرف الابن . فان رهنها أو أفلس أو حجر عليه لم يملك الاب الرجوع بها .
الثالث : ان لا يتعلق بها رغبة لغير الولد ، والا بان رغب الناس فى معاملته بها فلا .
الرابع : ان لا تزيد زيادة متصلة كالسمن والكبر وتعلم صنعة ، والا ففى الرجوع بها روايتان .
وبجواز رجوع الأب بها دون الجد يقول المالكية أيضا ومثله الأم اذا وهبت ابنها الصغير ذا الأب ، والا بان كانت وهبته ثم صار يتيما فالمختار أن لها الرجوع خلافا للخمى .
ومحله أيضا: مالم تزل عن ملكه ، أو كان الولد متزوجا أو مدينا أو مريضا مرضا مخوفا ، لتعلق حق الورثة فيها ، فلا رجوع له بها .
=

وقال أبو حنيفة : لا يجوز.(٢)

لنا : ماروى ابن عباس(٣) وابن عمر(٤) أن النبي صلى الله عليه وسلم قال :
(لا يحل لرجل أن يعطى عطية ثم يرجع فيها(٥) ، الا الوالد فيما يعطى ولده ، فمثل(٦) الذى يعطى العطية ثم يرجع فيها ، كالكلب اكل الطعام حتى اذا شبع قاء ، ثم عاد فى قيئه).(٧)

= أنظر: الشرح الكبير جـ٤ ص ١١٠ ومابعدها . الجواهر جـ٢ ص ٢١٥ . شرح المنح جـ٤ ص ١٠٤ . القوانين ص ٣٩٨ .
والى جواز رجوع الأب والأم فى هبتهما مطلقا صغيرا كان الموهوب أو كبيرا ذهب ابن حزم ، ومحله مالم تفت العين الموهوبة أو تتغير.
أنظر المحلى جـ١٠ ص ٨٦ و ص١٠٢ .

(٢) الهداية جـ٧ ص ٤٩٩ . التبيين جـ٥ ص ٩٧ . مجمع الأنهر جـ٢ ص ٣٥٩ .

(٣) أنظر ترجمته فى المسألة رقم (٥٨) هامش (٥٣) .

(٤) أنظر ترجمته فى المسألة رقم (٤) هامش (٣) .

(٥) سقط لفظ (فيها) من نسخة ((ب)) .

(٦) فى نسخة ((ب)) : ومثل .

(٧) رواه النسائى جـ٦ ص ٢٦٥ كتاب النحل ، باب رجوع الوالد فيما يعطى ولده ، من طريق طاوس عن ابن عمر وابن عباس يرفعانه الى النبي صلى الله عليه وسلم وذكره بلفظه هنا بتمامه .
ورواه ابن حزم فى المحلى جـ١٠ ص ١٠٠ وصححه .
ورواه أبو داود أيضا بتمامه جـ٣ ص ٢٩١ كتاب البيوع ، باب الرجوع فى الهبة رقم الحديث / ٣٥٣٩ .

ورواه ابن ماجه أيضا مختصرا ، جـ٢ ص ٧٩٥ كتاب الهبات ، باب من أعطى =

فان قيل : المراد به غير الوالد لأن غيرالوالد لا يأخذه (٨) الا بقضاء القاضى ، والوالد يأخذه بغير القضاء للنفقة .

قيل : لو كان للنفقة لذكر (٩) الحاجة (١٠) ، ولأن أخذ النفقة (١١) ليس برجوع فى الهبة (١٢) ، ولأن ذاك (١٣) لا يختص بالهبة (١٤) ، وروى النعمان

= ولده ثم رجع فيه ، رقم/ ٢٣٧٧ بدون قوله : فمثل الذى . . . الخ .
ورواه الترمذى مختصرا أيضا جـ٣ ص ٥٩٢ و ص ٥٩٣ ، كتاب البيوع ، باب ماجاء فى الرجوع فى الهبة . رقم/ ١٢٩٩ ثم قال : حديث ابن عباس رضى الله عنهما حديث حسن صحيح . أهـ .
والقيء : هو خروج مافى جوف الانسان أو الحيوان من طعام ، وبابه باع ، تقول : قاء فلان واستقاء بالمدّ اذا استخرجه من جوفه ، وتقيأ تكلف القيء . أنظر المختار ص ٥٥٨ ، النهاية جـ٤ ص ١٣٠ .

(٨) سقط قوله (لان غيرالوالد) من الأصل .

(٩) أى النبي صلى الله عليه وسلم .

(١٠) أى لا ستثناها من المنع أو التقبيح . والحال انه لم يستثنها ، فعمها اللفظ اذن .

(١١) أى من هبة الوالد لولده .

(١٢) لانها تلزم الولد لوالده ، فاذا أخذها الوالد فانما ينوب عن ولده فى القيام بما يجب عليه . فبقيت فى ملك الولد وان تصرف بها الوالد .

(١٣) أى الاخذ من مال الابن للنفقة .

(١٤) سقطت باء التعدية من نسخة ((ب)) . / أى بل للوالد الأخذ من مال الولد عند الحاجة مطلقا ، سواء كان هذا المال مما وهبه اياه أبوه أو لم يكن . لأن ذلك من حق الوالد على ولده .

ابن بشير (١٥) قال : نحلني (١٦) أبي غلاما (١٧) . فقال صلى الله عليه وسلم أكلّ ولدك أعطيته (١٨) ، قال : لا ، قال : فأردده (١٩) .

---

(١٥) هو النعمان بن بشير بن سعد بن ثعلبة الانصاري الخزرجي ، يكنى أبا عبد الله ، صحابي وابن صحابي ، كان أول مولود في الاسلام من الانصار بعد الهجرة بأربعة عشر شهرا ، روى عن النبي صلى الله عليه وسلم وخالد بن عبد الله بن رواحة وعمر وعائشة ، و... عنه ابنه محمد ومولاه سالم وعروة والشعبي وغيرهم ، كان قاضي دمشق بعد فضالة بن عبيد ، استعمله معاوية على الكوفة وكان من أخطب الناس ، ثم نقله معاوية الى امرة حمص ، ولما مات يزيد بن معاوية دعا النعمان بالخلافة الى ابن الزبير ثم دعا بها الى نفسه فواقعه مروان بن الحكم فقتل النعمان وذلك سنة خمس وستين .
أنظر الاصابة جـ٣ ص ٥٥٩ رقم / ٨٧٢٨ .

(١٦) أي اعطاني ، من النحلة بضم النون ، تقول : نحله بفتح الأول والثاني ينحله بتسكين النون فهاء مفتوحة ، نحلا بضم فسكون ، أي اعطاه والنحلى بوزن الحبلى العطية . وفي المرأة تقول : نحلها الرجل مهرها نحلة بكسر الأول وسكون الثاني ، اعطاها اياه عن طيب نفس منه ، من غير مطالبة منها له ، ومنه قوله تعالى : (وآتوا النساء صدقاتهن نحلة) سورة النساء آية / ٤ .
أنظر المختار ص ٦٤٩ .

(١٧) في نسخة ((ب)) : نحلا .

(١٨) في نسخة ((ب)) : نحلته .

(١٩) رواه البخاري جـ٢ ص ٩٠ كتاب الهبة ، باب الهبة للولد . عن النعمان بن بشير أن أباه اتى به الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : اني نحلت ابني هذا غلاما . فقال : اكل ولدك نحلت مثله ، قال : لا . قال : فارجعه . أهـ ورواه مسلم جـ٣ ص ١٢٤١ . كتاب الهبة ، باب كراهة تفضيل بعض الأولاد في الهبة رقم / ٩ .

=

فان قيل : لعله[20] لم يقبضه.[21]

قيل : لم يستفصل،[22] ولان ماقبل القبض باق على ملكه،[23] فلا يحتاج الى الرجوع.[24]

قالوا : روى ان عمر[25] كتب الى شريح :[26] من وهب هبة لذى[27] قرابة فانها صلة،[28] فليس له ان يرجع فيها ، ومن وهب هبة لغير ذى رحم فأثيب

= ورواه الترمذى جـ٣ ص ٦٤٩ كتاب الأحكام ، باب ماجاء فى النحل والتسوية بين الولد ، رقم / ١٣٦٧ . ثم قال : هذا حديث حسن صحيح . أهـ.
ورواه أبو داود جـ٣ ص ٢٩٢ كتاب البيوع ، باب فى الرجل يفضل بعض ولده فى النحل ، رقم / ٣٥٤٢ بسياق أطول وذكر اختلاف الروايات فيه .
ورواه ابن ماجه جـ٢ ص ٧٩٥ كتاب الهبة ، باب الرجل ينحل ولده . رقم ٢٣٧٦ . ورواه النسائى جـ٦ ص ٢٥٨ كتاب النحل ، فى الحديث الأول منه .

(٢٠) أى الموهوب له ، وهو النعمان بن بشير.

(٢١) حيث لا تلزم الهبة بدونه . أى ولذلك جاز لابيه الرجوع بما وهبه .

(٢٢) أى النبى صلى الله عليه وسلم . والقاعدة : ان ترك الاستفصال فى مقام الاحتمال ينزل منزلة العموم فى المقال ويحسن به الاستدلال .

(٢٣) أى الواهب.

(٢٤) لانه لازال فى حوزته ، فلا يقال انه رجع فيه .

(٢٥) أنظر ترجمته فى المسألة رقم (٤٠) هامش (٨) .

(٢٦) أنظر ترجمته فى المسألة رقم (٤٠) هامش (١٥) .

(٢٧) فى نسخة ((ب)) : لذوى .

(٢٨) أى صلة رحم .

منها بما قل أو كثر ، فليس له أن يرجع فيها.(٢٩)

قلنا : روى أبو قلابة(٣٠) أن عمر رضي الله عنه كتب : يعتصر(٣١) الرجل من

---

(٢٩) ذكره ابن حزم في المحلى جـ١٠ ص ٩١ لكن عن ابراهيم النخعي من قوله ، فقال : ومن طريق سعيد بن منصور أنا – أي أخبرنا – هشيم ، نا – أي أخبرنا – مغيرة عن ابراهيم – هو النخعي – قال : من وهب هبة لذي رحم فليس له أن يرجع ، ومن وهب لغير ذي رحم فهو أحق بهبته ، فان اثيب منها قليل أو كثير فليس له أن يرجع في هبته . أهـ.

(٣٠) في نسخة ((ب)) : ابن قلابة . / وهو تحريف ، وقلابة على وزن قلادة ، بكسر القاف .

وهو عبد الله بن زيد بن عمرو بن عامر الجرمي بجيم معجمة . أحد الأئمة ، نزل الشام ، روى عن عائشة عند مسلم والنسائي ، وارسل عن عمر وحذيفة وابن عباس وأبي هريرة وغيرهم ، وروى عنه مولاه أبو رجاء وقتادة وأيوب وخالد الحذاء وغيرهم ،

قال أيوب : أبو قلابة من الفقهاء ذوي الألباب ، أهـ قال ابن سعد : ثقة كثير الحديث ، قال خليفة مات بالشام سنة أربع ومائة ، وقيل سنة ست وقيل سبع .

أنظر الخلاصة ص ١٩٨ .

(٣١) أي يسترجع . ففي المختار ص ٤٣٦ : واعتصر ماله ، استخرجه من يده – ثم قال – : وفي الحديث : يعتصر الوالد على ولده في ماله ، أي يمنعه اياه ويحبسه عنه . أهـ

ولده ما أعطاه مالم يمت [٣٢] أو يستهلكه [٣٣] ،أو يقع فيه دين . [٣٤] .وعن ابن عباس وابن عمر مثل قولنا . [٣٥]

---

(٣٢) أي الولد ، لأن بموته تنتقل الهبة الى ملك الورثة بالارث ، ويبطل به حق الأب ، الا على القول بأن الجد ينزل منزلة الأب في اعتصار الهبة فيكون للأب اعتصارها من احفاده وان مات الابن . وقد ذكرنا الخلاف في جواز رجوع الجد بالهبة وعدمه أول هذه المسألة .

(٣٣) بالانفاق أو البيع أو الشراء أو الهبة أو نحو ذلك مما فيه فوات العين ، احترازا عما تبقى به العين في ملك الموهوب ، كالرهن والاجارة والاعارة ، فان للأب أن يعتصرها من الابن في هذه الحالة لعدم فواتها من يده بذلك .

(٣٤) أي يتعلق في الهبة دين لشخص ،فلا يرجع بها الأب ،لتعلق حق غير الابن بها ،ولا سلطة له على مال غير الابن .

عن طاوس عن ابن عباس وابن عمر قال : لا يحل لاحد أن يعطي عطية فيرجع فيها الا الوالد يعطي ولده . . . الحديث . وقد سبق تخريجه في هامش رقم (٧) من هذه المسألة .

(٣٥) ذكر ذلك عنهما ابن حزم وانهما رفعاه الى النبي صلى الله عليه وسلم بلفظ : لا يحل لأحد أن يعطي العطية فيرجع فيها الا الوالد فيما يعطي ولده . . . الحديث .

أنظر المحلى جـ١٠ ص ١٠٠ .

ورواه النسائي أيضا جـ٦ ص ٢٦٥ كتاب الهبة ،رجوع الوالد فيما يعطي ولده .

وقد ذكره رأيا لهما ابن قدامة في المغني جـ٦ ص ٦٥ .

قالوا : حصل له العوض [٣٦] وهو الثواب بصلة الرحم ، فأشبه اذا تصدق به عليه [٣٧] ، أو وهب الأجنبي من الأجنبي بعوض [٣٨].

قلنا : يبطل بهبة ابن العم والأجنبي فانه حصل به الثواب والصلة [٣٩] ، وقد أمر النبي صلى الله عليه وسلم بالهدية صلة بين الناس ثم يرجع عندهم [٤٠] ، وفي صدقته على الابن [٤١] قولان [٤٢] ، [٤٣] وان سلم [٤٤] فلأن القصد

---

(٣٦) أي وبحصوله يمتنع عليه الاعتصار .

(٣٧) حيث لا يجوز له الرجوع به قطعا .

(٣٨) حيث لا يجوز له الرجوع فيه .
بجامع حصول العوض في كل من الأصل وهو مالو أصدق الوالد ولده ، أو وهب الأجنبي أجنبيا هبة بعوض ، والفرع وهو مالو وهب الأب ابنه .
ولما كان حكم الاصل عدم جواز الرجوع به ، كان حكم الفرع كذلك فلا يجوز للأب الرجوع بما وهبه للولد أيضا لذلك .

(٣٩) أي ومع ذلك يجوز له الرجوع بالهبة عليه عندكم . وسنذكر مرجعهم في الهامش الذي يلي هذا .

(٤٠) أنظر الهداية جـ٧ ص ٤٩٩ .
أي فبطل اعتبار الصلة علة في المنع من رجوع الأب بهبته على الابن لأن هذه العلة موجودة في ابن العم والأجنبي وفي الناس عموما لما في آمره صلى الله عليه وسلم بالهدية صلة ، ثم تخلف الحكم حيث اجزتم له الرجوع في هبته على ابن العم والأجنبي .

(٤١) أي الأب .

(٤٢) في نسخة ((ب)) : على الاجنبي . / وهو خطأ .

(٤٣) أي في جواز رجوع الأب عليه بالصدقة وعدم رجوعه ، انظره في الوجيز : جـ١ ص ٢٥٠ ولم يرجح ، لكن في المهذب جـ١ ص٤٤٧ ان جواز الرجوع بها هو المنصوص أي عن الامام .

(٤٤) أي بعدم جواز رجوع الأب عليه بالصدقة .

من ذلك اصلاح امره (٤٥) مع الله تبارك وتعالى فلم يحتمل الرجوع، (٤٦) والقصد بالهبة اصلاح أمرالولد (٤٧) فاحتمل الرجوع، (٤٨) اذ قد يظهر له الصلاح (٤٩) في الرجوع ، والأجنبي (٥٠) وهب للمال (٥١) وقد سلم له (٥٢) ،وهذا (٥٣) وهب للمصلحة وقد يرى المصلحة في الرجوع ،فجاز له الرجوع (٥٤) ،

---

(٤٥) أي الأب بالتقرب بها الى الله تعالى طلبا لثوابه .

(٤٦) لما في رجوعه بها من اعراض عن التقرب الى الله ، وهو شئ عظيم ، فمنع .

(٤٧) أي في شئون حياته .

(٤٨) لأن مصلحة الأب مقدمة على مصلحة الولد . وهو أمر حسن ،فجاز.

(٤٩) في نسخة ((ب)) : اذ قد يرى المصلحة في الرجوع . / وذلك كما لو فضل أحد أولاده في الهبة ، ثم أحسّ بخطئه لما قد تورثه من حقد بين الابناء . أو رجع بها لخوف صرفها في معصيته .

(٥٠) سقط من قوله (والأجنبي) الى قوله (في الرجوع) من نسخة ((ب)) .

(٥١) أي بقصد المعاوضة ،ليثاب عليها الواهب .

(٥٢) أي العوض . أي فلم يجز له الرجوع اذن .

(٥٣) أي الأب .

(٥٤) أي وبهذا الفارق يبطل قياسهم الأب على الأجنبي .

قالوا : شخصان (٥٥) لا يجوز لأحدهما (٥٦) الرجوع فى هبة الاخر فلا يجوز (٥٧) للآخر الرجوع كالاخوين (٥٨) .

قلنا : الزوج يجوز له مراجعة الزوجة ، ولا يجوز لها ذلك ، (٥٩) ويقاد الابن بالأب ولا يقاد الأب بالابن بخلاف الاخوين ، (٦٠) ولأن الأخ لا يلى على أخيه

---

(٥٥) أى الأب والابن .

(٥٦) وهو الابن .

(٥٧) فى نسخة ((ب)) : فجاز ./ وهو خطأ ، اذ لا يؤدى الى المطلوب وهو عدم جواز الرجوع . كما هو مذهبهم .

(٥٨) حيث لا يجوز لاحدهما الرجوع فى هبته الاخر .
بجامع ان كلا شخصان [لا يجوز لاحدهما الرجوع فى هبة الاخر] ، اما الاصل فالاخوان ، واما الفرع فالأب والابن .
ولما كان حكم الاصل عدم جواز الرجوع ، كان حكم الفرع كذلك فلا يجوز للأب الرجوع فى هبة الابن أيضا لذلك .

(٥٩) لأن عقدة النكاح وحلها بيد الزوج وحده والمراجعة فرع حل العقدة فكانت بيده هو .
أى فبطل أن يكون منع رجوع احدهما بهبته على الآخر دليلا على منع الاخر منه .

(٦٠) اذ يقاد أحدهما بالآخر ، وباثبات هذا الفارق يبطل قياسهم الأب ، والابن على الاخوين فى عدم الرجوع بالهبة على الآخر .

فى المال بنفسه (٦١) ، ويلى الأب على الابن (٦٢) ، فملك الرجوع عليه. (٦٣)

* مسألة (٣١٦) : لا يجوز للأجنبى (١) أن يرجع فى هبة الأجنبى (٢) ./ ١٨٤ ش.

---

(٦١) أى لا يكون وليا على مال أخيه ، الا بأمر الحاكم أو القاضى .

(٦٢) أى من غير أمر الحاكم ، وهذا فارق ثان يتأكد به بطلان قياسهم المذكور .

(٦٣) أى على الابن ، أى ولا كذلك الاخوان . وهذا فارق ثالث بينهما فيبطل به قياسهم قطعا .

(١) المراد بالأجنبى هنا : هو من لم يكن ذا رحم محرم من الواهب ، فخرج من كان ذا رحم وليس بمحرم كبنى الاعمام والاخوال ، ومن كان محرما ليس بذى رحم كالأخ من الرضاع ، فهؤلاء لا يجوز الرجوع بالهبة عليهم .
واما الزوجان فلا يجوز الرجوع بهبة احدهما على الآخر لا بقيد الأجنبى وانما بموانع الرجوع ، ومنها الزوجية.
أنظر فتح القدير جـ٧ ص ٤٩٩ .

(٢) ومحله ما اذا قيد بنفى الثواب فيها . وسواء اثيب أو لم يثب عليها .
أنظر : الوجيز جـ١ ص ٢٤٩ . المنهاج ص ٨٢ . شرح المحلى جـ٣ ص ١١٤ .
وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى جـ٢ ص ٥٢٥ . كشاف القناع جـ٤ ص ٣٤٦ .
المغنى جـ٦ ص ٦٥ .
واليه ذهب المالكية حيث خصوا جواز الرجوع في الهبة بالأب فقط دون الجد وبالام فقط دون الجدة والخالة والأخت .
أنظر : الشرح الكبير جـ٤ ص ١١٠ . الجواهر جـ٢ ص ٢١٥ وذكر في شرح المنح جـ٤ ص ١٠ ان هذا على المشهور فى المذهب . مؤيداً في ذلك صاحب القوانين ص ٣٩٨ .
وبه يقول ابن حزم أيضا : المحلى جـ١٠ ص ٨٦ .

وقال أبو حنيفة : يجوز.(٣)

لنا : حديث ابن عباس وابن عمر،(٤) ولانه هبة تمت(٥) فيمن لا ولادة بينه وبينه من غير عوض، فلم يجز الرجوع فيها كما لو زاد الموهوب.(٦)

---

(٣) في نسخة ((ب)) : يرجع ./ أي مع الكراهة ، قيل: تحريما وقيل: تنزيها .
ومحله: مالم يمنع من الرجوع مانع ، والموانع سبعة وهي : زيادة الهبة في يد الموهوب له زيادة متصلة كالغرس في الارض الموهوبة والبناء ، والسمن في الحيوان أو العبد الموهوب ، لا المنفصلة كالولد والارش والمهر حيث يرجع في الأصل دون الزيادة المنفصلة منه ،
والمانع الثاني : موت أحدهما: الواهب أو الموهوب .
والثالث : خروج الهبة من ملك الموهوب له .
الرابع : الزوجية ، فليس لاحد الزوجين الرجوع بما وهب لزوجه .
الخامس : القرابة المحرمة للنكاح .
السادس : هلاك الموهوب .
السابع : العوض ، بأن قال خذه عوضا عن هبتك أو بدلها فقبضه الواهب سقط الرجوع .
أنظر : الهداية جـ٧ ص ٤٩٩ . التبيين جـ٥ ص٩٧ والتي تليها . مجمع الأنهر جـ٢ ص ٣٥٩ والتي تليها فقد أوصلها الى اثنى عشر مانعا .

(٤) رواه النسائي وأبو داود وابن ماجه وابن حزم والترمذي وصححاه ، أنظر تخريجه في الهامش رقم (٧) في المسألة قبل هذه .

(٥) في نسخة ((ب)) : نمت ./ بالنون ، وهو تصحيف بل بالتاء المثناة من فوق .

(٦) حيث لا يجوز الرجوع به بعدها .
بجامع حصول الهبة من غير عوض فيمن لا ولادة بينه وبين الواهب ، في كل من الاصل وهو مالو زاد الموهوب ، والفرع وهو مالو كان الموهوب له أجنبيا .
ولما كان حكم الاصل عدم جواز الرجوع فيه ، كان حكم الفرع كذلك ، فلا يجوز للأجنبي الرجوع بها أيضا لذلك .

فان قيل : فى الأصل (٧) انما لم يرجع لاجل الزيادة (٨) ، ثم هو (٩) كالصداق اذا زاد (١٠) لا يرجع الزوج فيه .

قيل : الزيادة لا تمنع الرجوع ، كما لو تعلم صنعة عند الموهوب له (١١) .
ويخالف الصداق فان هناك (١٢) يمكنه أن يرجع بنصف بدله يوم أصدق (١٣) ، وهاهنا (١٤) لا يمكن الرجوع بالبدل (١٥) .

ولأن من لا يرجع فى هبته اذا زاد ، لم يرجع اذا لم يزد ، كالزوجين (١٦) .

---

(٧) أى المقيس عليه ، وهو مالو زاد الموهوب .

(٨) أى المتصلة ، اذ هى ليست من ملك الواهب ، ولا يمكن تمييزها من الاصل وهو الموهوب ، فسقط حق الواهب فى الرد لذلك .

(٩) أى الأصل المذكور .

(١٠) سواء فى القيمة أو السمن ونحوه من الزيادات المتصلة .

(١١) حيث لا يمتنع على الواهب الرجوع بها .

(١٢) أى فى الصداق .

(١٣) فى نسخة ((ب)) : يوم تصدق .

(١٤) أى فى الهبة .

(١٥) أى وبهذا الفارق يبطل قياس الهبة على الصداق .

(١٦) حيث لا يرجع احدهما على الآخر بالهبة وان لم تزد .
بجامع عدم الرجوع بالهبة اذا زادت ، فى كل من الاصل وهو الزوجان والفرع وهو الاجنبيان .
ولما كان حكم الاصل عدم جواز الرجوع على الزوج بالهبة وان لم تزد ، كان حكم الفرع كذلك فلا يجوز للأجنبى الرجوع بالهبة للأجنبى وان لم تزد أيضا لذلك .

قالوا : هبة الأجنبى يقصد بها العوض فى العرف ، والمتعارف كالمشروط ، بدليل نقد البلد ،(١٧) ولو شرط(١٨) ولم يثب ،(١٩) رجع ، فكذلك هذا .(٢٠)

قلنا : لو كان القصد العوض ، لاختص بالرجوع الأدنى(٢١) فى هبة الأعلى ،(٢٢) لانه هو الذى(٢٣) يقصد العوض .

---

(١٧) اذ لو باع ولم يعين النقد ، حمل على غالب نقد البلد ، لانه المتعارف فى التعامل به بينهم .

(١٨) أى على الموهوب له العوض .

(١٩) أى الواهب على الموهوب له .

(٢٠) أى الأجنبى اذا وهب لأجنبى . أى فيجوز له الرجوع بالهبة على الموهوب له الأجنبى .

بجامع عدم الاثابة عليها فى كل من الاصل وهو مالو شرط الاثابة ولم يثب ، والفرع وهو مالو وهب الأجنبى لأجنبى .

ولما كان حكم الاصل جواز الرجوع بها ، كان حكم الفرع كذلك فيجوز للأجنبى الرجوع بالهبة على الأجنبى أيضا لذلك .

(٢١) فى نسخة ((ب)) : للأدنى .

(٢٢) أى والحال انه لا يختص بها ، فدل على بطلان التعليل بقصد العوض فى جواز الرجوع فى هبة الأجنبى للأجنبى . لأن الغني لا يقصد العوض فى هبته للفقير ثم له الرجوع بها عندهم اذ لم يفرقوا بينهما .
أنظر الهداية جـ٧ ص ٤٩٩ .

(٢٣) سقط قوله (هو الذى) من نسخة ((ب)) .

قالوا : تمليك لم يقصد به القربة (٢٤) ، ولا حصل له عنه بدل ، فأشبه العارية (٢٥) .

قلنا : لا نسلم أن العارية تمليك (٢٦) ولا نسلم انه لم يقصد به القربة (٢٧) ، فان فى هبة الأجنبى قربة وثوابا . ثم العارية تبرع لم يتصل به القبض (٢٨) ، فهو كالهبة قبل القبض (٢٩) وهذا (٣٠) اتصل به القبض (٣١) .

---

(٢٤) وانما قصد به العوض .

(٢٥) حيث له الرجوع بها .
بجامع ان كلا تمليك لا بقصد القربة ، اما الاصل فالعارية واما الفرع فالهبة .
ولما كان حكم الاصل جواز استرجاعها ، كان حكم الفرع كذلك فيجوز للأجنبى الرجوع بهبته أيضا لذلك .

(٢٦) أى للعين ، وانما هى تمليك للمنافع بلا عوض .

(٢٧) بدليل انه لم يأخذ منه عوض منافعها .

(٢٨) أى لا يشترط فى لزومه القبض بل للمعير الرجوع بها قبل القبض وبعده متى شاء. أنظر المنهاج ص ٦٩ .

(٢٩) سقط قوله (قبل القبض) من نسخة ((ب)) .
والجامع فى القياس المذكور هو ان كلا تبرع لم يتصل به القبض ، اما الاصل فالهبة قبل القبض ، واما الفرع فهو العارية .
ولما كان حكم الاصل جواز الرجوع بها ، كان حكم الفرع كذلك فيجوز الرجوع بالعارية أيضا لذلك .

(٣٠) أى هبة الأجنبى .

(٣١) أى فلا يجوز الرجوع فيه .
والمراد: نقض قياسهم المذكور باثبات الفارق بين الاصل والفرع فيه .

* مسألة (٣١٧) : اذا وهب الادنى من الأعلى وجب[1] العوض في أحد[2] القولين . / ١٨٤ش.

---

(١) أي على الأعلى . كما لو وهب الفقير للغني أو المأمور للأمير أو الصغير للكبير ونحو ذلك .

(٢) وهذا على القول القديم للشافعي ، مراعاة للعرف .
الا أن الأظهر هو عدم الوجوب .
أنظر: الوجيز جـ١ ص ٢٥٠ . المنهاج ص ٨٢ . ومثل ذلك قال في المهذب جـ١ ص ٤٤٧ .

وبوجوب العوض على الغني يقول المالكية أيضا لأن العرف شاهد على ذلك ، اذ الاعتبار في الاثابة وعدمها عند الاطلاق للعرف ، مالم يشترطها الواهب .
أنظر: المنتقى جـ٦ ص ١١١ . الفواكه الدواني جـ٢ ص ٢٢١ . شرح المنح جـ٤ ص ١١١ .

ومحل وجوب العوض ، هو مالم يكن الغني قادما من سفر فاهدى له الفقير هدية لطيفة كالثمرة والفواكه ، لا ثيابا وقمحا وكبشا ونحو ذلك ، الا أن يشترط عليه الفقير العوض أو يجري به عرف .

أنظر : الشرح الكبير جـ٤ ص ١١٥ . الجواهر جـ٢ ص ٢١٦ . شرح المنح جـ٤ ص ١١٢ .

ويشبه أن يكون وجوب العوض قول ابن حزم أيضا .

أنظر المحلى جـ١٠ ص ٨٨ .

وقال أبو حنيفة : لا يجب .(٣)

لنا : هو ان الادنى لا يهب الا للعوض فى العادة ، والمتعارف كالمشروط ولو شرط (٤) ثبت فكذلك (٥) اذا لم يشترط .(٦)

قالوا : هبة ، فلا يقتضى العوض ، كهبة الاعلى للادنى وهبة النظير للنظير .(٧)

قلنا : هبة الاعلى (٨) يقصد بها الاحسان ، وهبة النظير يقصد بها اكتساب المودة ، وهبة الادنى يقصد بها العوض.(٩)

---

(٣) أى واذا لم يثبه الغنى مثلا ، فليس للفقير الرجوع فيها ، كما فى الصدقة على الغني .
أنظر الهداية جـ٧ ص ٥١٥ ، وذكر فى الكفاية ان من الحنفية من أجاز الرجوع فى الهبة أو الصدقة على الغنى ، أى فيجب على الغنى اثابة الفقير .
وأنظر التبيين جـ٥ ص ١٠٤ ومجمع الأنهر جـ٢ ص ٣٦٧ .
وبعدم الوجوب يقول الحنابلة أيضا :
أنظر شرح المنتهى جـ٢ ص ٥١٩ . كشاف القناع جـ٤ ص ٣٣١ . وذكر فى المغنى جـ٦ ص ٦٦ رواية أخرى توجب العوض .

(٤) أى العوض .

(٥) سقط قوله (فكذلك اذا لم يشترط) من نسخة ((ب)) .

(٦) أى فيثبت له العوض ، مراعاة للعرف .

(٧) حيث لا يقتضى العوض فى ذلك .
بجامع ان كلا هبة ، اما الاصل فهبة الاعلى للأدنى وهبة النظير للنظير ، واما الفرع فهبة الادنى للأعلى .
ولما كان حكم الاصل عدم وجوب العوض فيه ، كان حكم الفرع كذلك ، فلا يجب العوض فى هبة الادنى للأعلى أيضا لذلك .

(٨) فى نسخة ((ب)) : هبة الادنى للأعلى . / وهو خطأ ظاهر .

(٩) فيبطل قياسهم المذكور للفارق بين الاصل والفرع فيه .

* مسألة (٣١٨) : اذا شرط العوض فى الهبة لم تصح الهبة، فى أحد[1] القولين ٠/ ١٨٤ش.

وقال أبو حنيفة : يصح[2].

لنا : هو انه عقد لا يقتضى العوض، فبطل بشرط العوض، كالرهن[3]. ولان

---

(١) والثانى تصح الهبة وهو الأظهر، ومحله فيه : هو ما اذا شرط عوضا معلوما. أى ويكون العقد بيعا على الصحيح من المذهب.
والا بان كان العوض مجهولا فالمذهب بطلانه.
أنظر: المنهاج ص ٨٢. الوجيز جـ١ ص ٢٥٠. وقد نص فى الأم جـ٤ ص ٦٣ على البطلان فيه اذا كان العوض مجهولا.
وببطلان العقد اذا كان العوض المشروط مجهولا يقول الحنابلة أيضا :
أنظر: شرح المنتهى جـ٢ ص ٥١٩. كشاف القناع جـ٤ ص ٣٣١. وذكر فى المغنى جـ٦ ص ٦٧ رواية أخرى بالصحة.
وببطلانها يقول ابن حزم أيضا : المحلى جـ١٠ ص ٧٠.

(٢) أى وتكون هبة فى ابتداء العقد فيشترط فيها التقابض فى العوضين وتبطل بالشيوع، وبيعا فى انتهاء العقد فترد بالعيب وخيار الرؤية وتؤخذ بالشفعة، وخالف فى ذلك زفر فقال: انها لا تصح.
أنظر : الهداية جـ٧ ص ٥٠٩. التبيين جـ٥ ص ١٠٢. مجمع الأنهر: جـ٢ ص ٣٦٤.
وبصحة الهبة المشروطة الثواب يقول المالكية أيضا.
أنظر: الشرح الكبير جـ٤ ص ١١٤. الجواهر جـ٢ ص ٢١٦. شرح المنح: جـ٤ ص ١١٠. القوانين ص ٣٩٨.

(٣) حيث يبطل بشرط العوض فيه، أى بشرط كون المرهون مبيعا له عند حلول الأجل.
بجامع ان كلا عقد لا يقتضى العوض، اما الاصل فالرهن واما الفرع فالهبة، ولما كان حكم الاصل بطلان الرهن بشرط العوض فيه، كان حكم الفرع كذلك فتبطل الهبة بشرط العوض أيضا لذلك.

شـــرط العوض يخرج (٤) عـن موضوعه ، فصار كالبيع اذا أخلى عن العوض (٥)، ولانـه لو اقتضى العوض (٦) لأجـبر (٧) على تسليمه (٨) كما نقول في البيع. (٩)

قالوا : تبرع ، فلا يبطل بشرط العوض ، كالعتق. (١٠)

قلنا : يبطل بالوقف ، (١١) والعتق يجوز تعليقه على الصفات ، فاذا علقـــه

---

(٤) في نسخة ((ب)) : يخرجه عن موضوعه . / أي عن صورته واركانه .

(٥) بان شرط فيه عدم الثمن .
بجامع الخروج به عن موضوعه في كل من الاصل وهو مالو شرط اخلاء البيـع عن الثمن ، والفرع وهو اذا شرط العوض في الهبة .
ولما كان حكم الاصل بطلانه به ، كان حكم الفرع كذلك فتبطل الهبة بشـرط العوض أيضا لذلك .

(٦) أي في حال اشتراطه .

(٧) أي الموهوب له .

(٨) أي العوض ، اذا تسلم الموهوب له الهبة .

(٩) حيث يجبر المشتري على تسليم الثمن بتسليمه المبيع .
أي ولكن الحال ان الموهوب له لا يجبر على تسليم العوض باشتراطه عليه ، لانه مخير بين امضاء عقدها وردها ،
فدل على بطلان الهبة المشروط فيها العوض .

(١٠) حيث يصح بشرط العوض ، كما في المكاتبة وهي العتق على مال منجم الاداء .
بجامع التبرع في كل من الاصل وهو العتق ، والفرع وهو الهبة .
ولما كان حكم الاصل جواز اشتراط العوض فيه ، كان حكم الفـــــــرع كذلك فيجوز للواهب اشتراط العوض أيضا لذلك .

(١١) حيث لا يجوز فيه اشتراط العوض ، مع كونه تبرعا.

على مال فقد علقه على بعض الصفات والهبة بخلافه .(١٢)

* مسألة (٣١٩) : الرقبى(١) جائزة ، وهو أن يقول : جعلت هـــذه الدار لك فان متّ قبلى رجعت الىّ ، وان متّ قبلك بقيت عليك.(٢) / ١٨٤ش.

وقال أبو حنيفة : لا تصح الرقبى ، وهى(٣) أن يقول : هذه الدار لآخرنا موتا .(٤)

---

(١٢) حيث لا يجوز فيها التعليق ، أصلا ، فلا تصح الا منجزة أى فى الحـــال . وبهذا الفارق بين الاصل والفرع يبطل قياسهم المذكور.

(١) بضم الراء المهملة فقاف ساكنة ، بوزن الحبلى ، وهى الاسم من ارقـــب يرقب ، والمصدر مراقبة . أنظر المختار ص ٢٥٢.
تقول : ارقبت زيدا الدار ارقابا ، من المراقبة ، لأن كل واحد مـــن المتراقبين يرقب موت صاحبه لتبقى له . أنظر المصباح جـ١ ص ٢٥١.

(٢) هذا على القول الجديد ، واما على القديم فباطلة . ومثلها العمرى .
أنظر: المنهاج ص ٨١ ومغنى المحتاج جـ٢ ص ٣٩٩ . الوجيز جـ١ ص ٣٤٩ . المختصر ص ١٣٤ .
وبجواز العمرى والرقبى يقول الحنابلة :
أنظر: شرح المنتهى جـ٢ ص ٥٢٢ . كشاف القناع جـ٤ ص ٣٤٠ . المغنى : جـ٦ ص ٦٨ .
وبصحة هبة العمرى والرقبى يقول ابن حزم أيضا : المحلى جـ١٠ ص١٥٤ .

(٣) فى نسخة ((ب)) : وهو .

(٤) خلافا لأبى يوسف ، فقد اجازها ، الا أن الامام والصاحبين اتفقوا علـــى صحة العمرى .
أنظر: الهداية جـ٧ ص ٥١٤ . التبيين جـ٥ ص١٠٤ . مجمع الأنهر جـ٢ ص٣٦٦ .
وبجواز هبة العمرى دون الرقبى يقول المالكية أيضا :
أنظر : الشرح الكبير جـ٤ ص١٠٨ والتى تليها . الجواهر جـ٢ ص٢١٤ . شرح المنح جـ٤ ص١٠١ و ص ١٠٣ .

لنا : ماروى عبد الله بن الزبير (٥) أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : من أعمر عمرى (٦) أو أرقب فهو بمنزلة العمرى يرثها من يرثه ، (٧) ولأن ماملك المعمر

---

(٥) هو عبد الله بن الزبير بن العوام بن خويلد الاسدى القرشى ، امه اسماء بنت أبى بكر الصديق ، ولد عام الهجرة ، وحفظ عن النبي صلى الله عليه وسلم وهو صغير أحاديث ، وحدث عنه بجملة منها ، وحدث عن أبيه وأبى بكر وعمر وعثمان وغيرهم ، وهو أحد العبادلة وأحد شجعان الصحابة وأحد من ولى الخلافة منهم سنة أربع وستين عقب موت يزيد بن معاوية ، فقاتله عبد الملك بن عروان بالحجاج بن يوسف فقتله فى الحرم بمكة سنة ثلاث وسبعين . أنظر الاصابة جـ٢ ص ٣٠٩ .

(٦) العمرى بوزن الحبلى أيضا ، تقول أعمرته الدار جعلت له سكناها مدة عمره ، وهى مشتقة من العمر بفتح فسكون ، تقول : عمره الله يعمره ، من باب قتل ، وعمره تعميرا اطال عمره . وتدخل لام القسم على مصدرها المفتوح كما فى قوله تعالى (لعمرك انهم لفى سكرتهم يعمهون) سورة الحجر آية / ٧٢ .
أى وحياتك وبقائك . انظر المصباح جـ٢ ص ٨٠ .
وذكر ابن حزم الفاظها فقال : العمرى هى أن يقول : هذه الدار وهذه الارض أو هذا الشئ عمرى لك ، أو قد اعمرتك اياها أو هى لك عمرك أو قال : حياتك أو قال : رقبى لك ، أو قد ارقبتكها ، كل ذلك سواء . أهـ المحلى جـ١٠ ص ١٥٤ .

(٧) لم أجده عن عبد الله بن الزبير ، لكن روى جابر بن عبد الله لفظا قريبا منه مرفوعا : من اعمر عمرى فهى له ولعقبه ، يرثها من يرث من عقبه . أهـ
رواه أبو داود جـ٣ ص ٢٩٤ كتاب البيوع ، باب فى العمرى . رقم / ٣٥٥١ .
وسكت عنه .
ورواه النسائى جـ٦ ص ٢٧٤ كتاب العمرى ، باب ذكر الاختلاف على الزهرى فيه . =

ملك المرقب ، كالمنافع في حال الحياة.[٨]

قالوا : روى أن النبي صلى الله عليه وسلم اجاز العمرى وابطل الرقبى.[٩]

قلنا : لا يعرف هذا في أصل.[١٠]

قالوا : روى عن مجاهد[١١] أنه قال : الرقبى ان يقول الانسان : هذه

= ورواه النسائي عن ابن الزبير بلفظ قريب مما ذكره المصنف مرفوعا : ايما رجل اعمر رجلا عمرى له ولعقبه ، فهي له ولمن يرثه من عقبه موروثة. أ هـ جـ٦ ص ٢٧٥.

وأصل حديث جابر رواه الستة الا البخارى ، كما في النصب جـ٤ ص ١٢٣.

(٨) حيث يملكها المعمر كما يملكها المرقب.

(٩) قال الزيلعي : روى انه عليه السلام اجاز العمرى ورد الرقبى. قلت: غريب. أهـ

أي بهذا اللفظ. النصب جـ٤ ص ١٢٨.

وقال فيه ابن حجر: لم أجده. أهـ الدراية جـ٢ ص ١٨٥. رقم/ ٨٦٠.

وأشار الى أن في أصل العمرى حديث أبي هريرة رفعه : العمرى جائزة. متفق عليه :

أنظر البخارى جـ٢ ص ٩٦ كتاب الهبة ، باب ما قيل في العمرى والرقبى.

وهو في صحيح مسلم جـ٣ ص ١٢٤٨ كتاب الهبات. باب العمرى. رقم/ ٣٢ عن أبي هريرة رضي الله عنه.

(١٠) أي كتاب معتمد من كتب الحديث.

(١١) هو مجاهد بن جبر باسكان الباء الموحدة ، مولى السائب بن أبي السائب أبو الحجاج المكي ، المقرئ الامام المفسر ، روى عن ابن عباس وقرأ عليه ، قال مجاهد : عرضت عليه ثلاثين مرة ، وام سلمة وأبي هريرة وجابر وغيرهم ، وفي سماعه من عائشة خلاف ، قال ابن معين والقطان وأبو حاتم :لم يسمع منها ، قال الخزرجي: لكن قد صرح مجاهد في بعض رواياته بسماعه =

للاخــــر[١٢] منى ومنك.[١٣]

قلنا : روى مجاهد عن على أنه قال : الرقبى والعمرى سواء[١٤] وهما جائزتان .

قالوا : الرقبى هو من الترقب ،وهو الانتظار ، ويحتمل أن يكون المـــوت منتظرا للتمليك ،[١٥] ويحتمل أن يكون للرجوع،[١٦] فلا يزال[١٧] الملك بالشك.[١٨]

= منها ، وروى عنه عكرمة وعطاء وقتادة وغيرهم ،وثقه ابن معين وأبو زرعـــة ، مات بمكة سنة اثنتين أو ثلاث ومائة وهو ساجد . أنظر الخلاصة ص ٣٦٩ .

(١٢) فى نسخة ((ب)) : هذه الدار.

(١٣) رواه أبو داود جـ٣ ص ٢٩٥ كتاب البيوع ،باب فى الرقبى ،رقم/ ٣٥٦٠ ، ولفظه : العمرى ان يقول الرجل للرجل : هو لك ماعشت ،فاذا قال ذلـك فهو له ولورثته ، والرقبى هو أن يقول الانسان : هو للآخر منى ومنك . أهـ. وسكت عنه أبو داود .
ورواه البيهقى أيضا جـ٦ ص ١٧٦ كتاب الهبات ، باب ماجاء فى تفسـير العمرى والرقبى .

(١٤) سقطت الواو من نسخة ((ب)) .
والأثر المذكور رواه ابن حزم من طريق وكيع قال أخبرنا شعبة عن ابن أبـى نجيح عن مجاهد قال : قال على بن أبى طالب : العمرى والرقبى سواء. أهـ المحلى جـ١٠ ص ١٥٥ ، وقد صححه ابن حزم ، لانه قال فى الأثـــر الذى يليه : وصح أيضا عن جابر بن عبد الله فى أحد قوليه : من أعمر شيئا فهو له أبدا . اهـ ، وهذا يفيد الحكم عليهما معا بالصحة .

(١٥) وذلك فيما اذا مات المرقب قبل الموهوب له ، حيث تكون الهبة ملكا للموهوب له بعده .

(١٦) وذلك فيما اذا مات الموهوب له قبل الواهب حيث تعود الهبة للواهب .

(١٧) من الازالة .

(١٨) لما فيه من الغرر.

قلنا : لو كان كذلك لما جعله النبي صلى الله عليه وسلم كالعمرى فـــى الارث[١٩] ولوجب أن لا يملك[٢٠] به المنافع فى حال الحياة[٢١]

---

(١٩) حيث يؤول الى الوارث .

(٢٠) أى بالاعمار أو الارقاب.

(٢١) أى والحال انها تملك فى حال الحياة قطعا ، فدل على أن الرقبى عقد جائز .

(*)

* كتـــــاب الوصـــــايا *

* مسألة (٣٢٠) : تصح وصية[1] المراهق[2] وتدبيره في أحد القولين[3] . / ١٨٥ ى .

(*) زاد البسملة بعد قوله (كتاب الوصايا) في نسخة ((ب)) .

الوصايا جمع وصية ، كهدايا وهدية .

والوصية من الايصاء ، الا أنها مخصوصة في عرف الفقهاء بالتبرع المضاف لما بعد الموت ، والوصاية بالعهد الى من يقوم على من بعده .

وهي في اللغة من الايصال تقول : وصيت الشئ بكذا اصيه وصيا اذا وصلته ، من باب وعد ، وذلك أن الموصى يصل خير دنياه بخير آخرته بالوصية .

والاسم من الوصية الوصاية بفتح الواو وكسرها لغة فيها . أنظر المصبـــــاح : جـ٢ ص ٣٣٨ .

وفي الاصطلاح : هي تبرع بحق مضاف ولو تقديرا لما بعد الموت .

كما في مغني المحتاج جـ٣ ص ٣٩ .

والاصل في مشروعيتها الكتاب والسنة والاجماع ،

أما الكتاب : فقوله تعالى : (كتب عليكم اذا حضر أحدكم الموت ان تـــرك خير الوصية) سورة البقرة آية / ١٨٠ . وقوله (من بعد وصية يوصى بهـــا أو دين) سورة النساء آية / ١١ .

وأما السنة : فما رواه ابن عمر مرفوعا : ما حق امرئ مسلم له شئ يريد أن يوصى فيه ، يبيت ليلتين ، الا ووصيته مكتوبة عنده . أهـ رواه مسلم جـ٣ ص ١٢٤٩ . كتاب الوصية ، رقم / ١ .

ورواه البخاري أيضا جـ٢ ص ١٢٤ كتاب الوصايا ، باب الوصايا وقول النـــبي صلى الله عليه وسلم وصية الرجل مكتوبة عنده .

وقد اجمع علماء الامصار والاعصار على جواز الوصية .

أنظر المغني جـ٦ ص ١٣٧ . الافصاح جـ٢ ص ٧٠ .

(١) من اضافة المصدر الى فاعله .

==

....

---

(٢) من المراهقة وهى الاقتراب من سن البلوغ ، تقول : راهق الغـــلام مراهقة ، قارب الاحتلام ، ولم يحتلم بعد ، كما فى المصباح جـ١ ص ٢٦٠ .

(٣) ومحله اذا كان مميزا والا فلا ، قال الشربينى : ورجحه جماعة من الأصحاب.
والقول الثانى : لا يصح منه مطلقا .
انظر : المنهاج ص ٨٩ . مغنى المحتاج جـ٣ ص ٣٩ . الوجيز جـ١ ص٢٦٩ .
وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى جـ٢ ص ٥٣٩ . كشاف القناع جـ٤ ص٣٧٢
وذكر فى المغنى جـ٦ ص ٢١٥ وجها آخر انها لا تصح منه مالم يبلغ .
واليه ذهب المالكية : الشرح الكبير جـ٤ ص ٤٢٢ . الجواهر جـ٢ ص ٣١٦ .
شرح المنح جـ٤ ص ٦٤٣ .

وقال أبو حنيفة : لا يصح (٤) .

لنا : ماروى ان غلاما يافعا (٥) أوصى وله عشر سنين ، فأجاز ذلك عمر (٦) ،

---

(٤) أى مالم يبلغ .

أنظر : الهداية جـ٩ ص ٣٥٨ . التبيين جـ٦ ص ١٨٥ . المبسوط جـ٢٨ ص ٩١ .

وبه يقول ابن حزم : المحلى جـ١٠ ص ٤٤٩ .

(٥) فى نسخة ((ب)) : يفاعا . / أى يافعا ، واليفاع المرتفع من كل شئ من الأرض وغيرها .

والغلام اليافع هو الذى قارب الاحتلام ولم يبلغ بعد ، تقول : ايفع الغلام فهو يافع ، وغلام يافع ويفعة بالتحريك . انظر النهاية جـ٥ ص ٢٩٩ .

(٦) رواه البيهقى جـ٦ ص ٢٨٢ كتاب الوصايا ، باب ماجاء فى وصية الصغير . من طريق عبدالله بن أبى بكر عن أبيه أن عمرو بن سليم الزرقى أخبره انه قيل لعمر بن الخطاب رضى الله عنه ان ههنا غلاما يفاعا لم يحتلم من غسان ووارثه بالشام ، وهو ذو مال وليس ههنا الا ابنة عم له ، فقال عمر بن الخطاب رضى الله عنه ، فليوصى لها ، فأوصى لها بمال يقال له بئر جشم ، قال عمرو بن سليم فبعت ذلك المال بثلاثين الفا . وابنة عمه التى اوصى لها ، هى أم عمرو بن سليم . أهـ.

ثم قال البيهقى : والشافعى رحمه الله علق جواز وصيته وتدبيره بثبوت الخبر فيها عن عمر رضى الله عنه - قال - : والخبر منقطع ، فعمرو بن سليم الزرقى لم يدرك عمر رضى الله عنه ، الا أنه ذكر فى الخبر انتسابه الى صاحبة القصة . أهـ لكن تتبعه ابن حجر فقال : قلت : ذكر ابن حبان فى ثقاته انه كان يوم قتل عمر جاوز الحلم ، وكأنه أخذه - أى مجاوزته الحلم - من قول الواقدى انه كان حين قتل عمر راهق الاحتلام . أهـ التلخيص : جـ٣ ص ٩٥ .

قلت : لكن قول الواقدى راهق الاحتلام لا يفيد مجاوزته الحلم ، =

ولأنه يعقل ، فأشبه البالغ السفيه ،[(٧)] ولانه ان عاش امكنه الرجوع[(٨)] وان مات حصل له الثواب ، فكان أولى من أن يصير[(٩)] الى غيره .

قالوا : تبرع ، فأشبه العتق والهبة .[(١٠)]

قلنا : لأنه لا حظ له في ذلك ،[(١١)] لانه لا يمكنه الرجوع فيه ، وهذا[(١٢)] له فيه حظ على ما تقدم فصح .[(١٣)]

= قال في المصباح جـ١ ص ٢٦٠ : وراهق الغلام مراهقة : قارب الاحتلام ولم يبلغ بعد .أهـ.

وقد حكم ابن حزم على الخبر المذكور بالانقطاع أيضا . انظر المحلى : جـ١٠ ص ٤٥٢ ، فقد قال : انها - أي الرواية عن عمر - لا تصح عن عمر ، . . . لان أم عمرو بن سليم مجهولة ، وعمرو بن سليم لم يدرك عمر .أهـ

(٧) حيث تجوز وصيته .

بجامع التمييز والعقل في كل من الاصل وهو البالغ السفيه ، والفرع وهو الصبي المميز .

ولما كان حكم الاصل جواز وصيته ، كان حكم الفرع كذلك فتجوز وصية الصبي المميز أيضا لذلك .

(٨) أي عن وصيته ، لانها لا تلزمه .

(٩) أي ثواب الوصية .

(١٠) حيث لا يجوز للصبي المميز فعلهما .

بجامع التبرع في كل من الاصل وهو العتق والهبة ، والفرع وهو الوصية ، ولما كان حكم الاصل عدم جوازه منه ، كان حكم الفرع كذلك فيجوز للصبي المميز الوصية أيضا لذلك .

(١١) في نسخة ((ب)) : ذلك . / والاشارة عائدة الى العتق والهبة .

(١٢) أي الوصية والتدبير .

(١٣) أي وبثبوت هذا الفارق بين الاصل والفرع يبطل به قياسهم المذكور.

قالوا : غير مكلف ، فهو كالمجنون . (١٤)

قلنا : فرق بين الصبى والمجنون كما قلنا فى قبول الهدية من يده ، والاذن فى دخول الدار وجواز بيعه بالاذن عندهم . (١٥)

* مسألة (٣٢١) : تصح الوصية للقاتل فى أحد القولين (١) . / ١٨٥ ى .

---

(١٤) حيث لا تصح وصيته .
بجامع عدم التكليف فى كل من الاصل وهو المجنون ، والفرع وهو الصبى .
ولما كان حكم الاصل بطلان وصيته ، كان حكم الفرع كذلك فلا تصح
وصية الصبى أيضا لذلك .

(١٥) حيث تصح هذه العقود كلها منه بشرط كونه فى البيع يعقل أن البيع
سالب للملك والشراء جالب له وان يقصد الربح ويعرف الغبن اليسير
من الفاحش . انظر مجمع الانهر جـ٢ ص ٤٥٥ .

(١) وهو الاظهر ، وسواء كان قاتلا بحق أو بعدوان ، عمدا أو خطأ .
وصورة ذلك : ان يجرح شخص رجلا فيوصى المجروح للجارح بشئ ،
ثم يموت المجروح . او ان يوصى لانسان فيقتله الموصى له عمدا أو خطأ .
وأما من أوصى لمن يقتله أو يقتل غيره تعديا فباطلة .
وثمة قول ثالث وهو التفريق بين الوصية للجارح ، وبين الوصية قبل
الجرح ، فانه مستعجل للارث .
انظر: المنهاج ص ٨٩ . الوجيز جـ١ ص ٢٧٠ . شرح المحلى جـ٣ ص ١٥٩ .
وهو قول المالكية أيضا . ومحله: ان علم الموصى ان الموصى له هو السبب
فى موته بان ضربه أو جرحه ، وأوصى له ، واما اذا لم يعلم السبب
وقال اعطوا فلانا كذا وكان فلان قاتله ولم يعلمه الموصى ففى صحة وصيته
له هنا قولان الظاهر منهما هو عدم الصحة كما قال الدسوقى .
انظر : الشرح الكبير جـ٤ ص ٤٢٦ وحاشية الدسوقى عليه . الجواهر جـ٢ ص ٣١٧ =

وقال أبو حنيفة : لا تصح .(٢)

لنا : هو انه اجنبى ،(٣) فصحت الوصية له كالذمى ،(٤) أو تمليك يفتقر الى القبول فأشبه البيع والهبة ،(٥) أو تمليك لا يمنع منه اختلاف الدين ، فأشبه ماقلناه .(٦)

= وذكر فى شرح المنح جـ٤ ص ٦٤٩ ان البطلان هو مفهوم المدونة وان بصحة الوصية هنا يقول محمد بن القاسم .

(٢) أى سواء كان عامدا أو مخطئا ، ومحله اذا كان مباشرا فى قتله ، لا متسببا حيث تصح له لان التسبب ليس قتلا حقيقة .
انظر : الهداية جـ٩ ص ٣٥٠ . التبيين جـ٦ ص ١٨٢ . مجمع الأنهر : جـ٢ ص ٦٩٢ .
ولم أقف على قول ابن حزم فى هذه المسألة .

(٣) أى غير وارث وان كان قريبا للموصى لان القتل مانع من الميراث .

(٤) فى الاصل ونسخة ((ب)) : كالصبى . / ولا معنى لها هنا ، والصواب ماأثبتناه . حيث تصح له الوصية .
بجامع ان كلا اجنبى عن الموصى ، اما الاصل فالذمى ، واما الفرع فالقاتل .
ولما كان حكم الاصل صحة الوصية له ، كان حكم الفرع كذلك فتصح الوصية للقاتل أيضا لذلك .

(٥) حيث تصح للقاتل .
بجامع ان كلا تمليك يفتقر الى القبول ، اما الاصل فالبيع والهبة واما الفرع فالوصية .
ولما كان حكم الاصل صحة البيع والهبة للقاتل ، كان حكم الفرع كذلك فتصح الوصية له أيضا لذلك .

(٦) أى البيع والهبة .
بجامع ان كلا تمليك لا يمنع منه اختلاف الدين ، اما الاصل فالبيع والهبة ، =

قالوا : روى على كرم (٧) الله وجهه ان النبي صلى الله عليه وسلم قـــال (٨) :
لا وصية لقاتل . (٩)

= واما الفرع فالوصية .
ولما كان حكم الاصل صحته للقاتل ، كان حكم الفرع كذلك فتصــح
الوصية له أيضا لذلك .

(٧) أنظر ترجمته فى المسألة رقم (٤٠) هامش (١١) .

(٨) سقط لفظ (قال) من نسخة ((ب)) .

(٩) رواه البيهقى جـ٦ ص ٢٨١ كتاب الوصايا ، باب ما جاء فى الوصية للقاتل .
من طريق مبشر بن عبيد عن حجاج بن أرطأة عن عاصم بن بهدلة عــن
زر - هو ابن حبيش- عن على رضى الله عنه مرفوعا : ليس لقاتل وصيــة .
ورواه أيضا من طريق آخر عن محمد بن مصفى عن بقية - يعنى ابن الوليد -
ثم قال : تفرد به مبشر بن عبيد الحمصى ، وهو منسوب الى وضــع
الحديث . أهـ
ثم نقل عن أحمد بن حنبل قوله فيه : روى عنه بقية وأبو المغيرة ، أحاديثه
أحاديث موضوعة ، كذب . أهـ.
وعن البخارى قوله : مبشر بن عبيد منكر الحديث .أهـ.
وقال ابن حجر : اسناده ضعيف جدا ، قاله عبد الحق وابن الجوزى . أهـ
التلخيص جـ٣ ص ٩٢
ثم رد على امام الحرمين الجوينى قوله : ليس هذا الحديث فى الرتبــة
العالية من الصحة .
بقوله : ليس له فى أصل الصحة مدخلا ، فمداره على مبشر بن عبيد وقــد
اتهموه بوضع الحديث . أهـ

قلنا : يرويه الحجاج بن أرطأة ، وهو ضعيف ،(١٠) ثم يحتمل(١١) انه أراد به(١٢) الميراث ، لأنه يسمّى وصية ، قال الله تبارك وتعالى : (يوصيكم الله فى أولادكم)(١٣) .

قالوا : الموصى له شريك الوارث ،(١٤) لانه يزيد حقه بزيادة المال ، وينقص بنقصانه(١٥) ثم الوارث يحرم الارث اذا قتل ، فكذلك هذا ،(١٦) بل الارث(١٧) أقوى ،

---

(١٠) قال فيه الامام أحمد : لا يحتج به ، يزيد فى الأحاديث .
وقال يحيى ابن معين : ضعيف .
وكذا ضعفه النسائي والدارقطني وابن عدى ، وابن القطان وابن مهدى
وقال ابن خزيمة : لا يحتج به الا فيما قال : أنا - أى أخبرنا - وسمعت أهـ
فكأنه اتهمه من جهة تدليسه .
روى له أصحاب السنن الأربعة ومسلم . انظر الديوان ص ٥١ رقم/٨٣٩ .

(١١) أى على فرض صحته .

(١٢) سقط لفظ (به) من نسخة ((ب)) . / والضمير عائد الى لفظ الوصية فى الحديث .

(١٣) ثم قال (للذكر مثل حظ الانثيين) سورة النساء آية/١١ .
وجه الدلالة : انه تعالى اطلق لفظ الوصية على الارث .

(١٤) أى فى مال الموصى أو المورث .

(١٥) كما لو أوصى له بثلث ماله ، فان ترك ثلاثة آلاف دينار كان حقه منه ألف ، ولو ترك ثلاثمائة كان حقه مائة .

(١٦) أى الموصى له ، أى فيجب أن يحرم الارث اذا قتل الموصي .

(١٧) أى من الوصية .

لانه لا يلحقه الفسخ ،[١٨] والقتل يسقطه ،[١٩] فلأن يسقط الوصية أولى .[٢٠]

قلنا : الارث يقتضى الموالاة ، ولهذا يمنع منه[٢١] اختلاف الدين ،[٢٢] والوصية بخلافه .[٢٣] ولأن الوارث ربما استعجل الميراث بالقتل فحرم ،[٢٤] والموصى له لا يفعل ذلك ، لأنه[٢٥] يرجع فى الوصية فى اخر نفس ،[٢٦] وماذكروه

---

(١٨) فلا يقدر المورث على منع الوارث من نصيبه فى ارثه أصلا ، لفرض الله له .

(١٩) أى الارث ، لحديث أبى هريرة مرفوعا : القاتل لا يرث ، رواه الدارقطنى : جـ٤ ص ٩٦ كتاب الفرائض ، رقم / ٨٦ وفى اسناده اسحاق بن أبى فروة وقد ذكر الدارقطنى بأنه متروك .

(٢٠) فى نسخة ((ب)) : الوصية الارث . / وهو خطأ ، اذ لا معنى له .
وجه الدلالة : ان القتل اذا اسقط الارث وهو أقوى ، كان على اسقاط الوصية وهى أضعف من الارث أقدر .

(٢١) سقط لفظ (منه) من نسخة ((ب)) ؛ / والضمير عائد الى الارث .

(٢٢) كما لو كان الوارث مسلما والمورث كافرا أو العكس .

(٢٣) اذ يجوز له الايصاء للكافر مطلقا . سواء كان ذميا أو مستأمنا أو حربيا ، أى وبهذا الفارق بين الارث والوصية يبطل قياسهم المذكور .

(٢٤) أى من الارث ، عملا بقاعدة : من استعجل شيئا قبل أوانه عوقب بحرمانه . انظر القاعدة الثلاثون ، فى أشباه السيوطى ص ١٥٢ .

(٢٥) أى الموصى .

(٢٦) فى الاصل : (فى آخر تبين) ولا معنى له . والصواب ما أثبتناه من نسخة ((ب)) .
ومعناه فى آخر رمق من حياته .

من التأكيد[٢٧] يعارضه ان الوصية تقدم[٢٨]، والارث يؤخر ، واختلاف الدين يمنع الارث ، ولا يمنع الوصية[٢٩].

* مسألة (٣٢٢) : اذا وصى لجيرانه دخل فيه من كل جانب أربعون دارا[١] ./ ١٨٥ ى.

وقال أبو حنيفة . لا يدخل فيها[٢] غير الملاصق[٣].

---

(٢٧) يعنى قولهم : بل الارث أقوى لانه لا يلحقه الفسخ .

(٢٨) أى على قسمة الاث . لقوله تعالى بعد ذكر آيات قسمة الميراث (من بعد وصية يوصى بها أو دين) سورة النساء آية/ ١٢ .

(٢٩) أى وعليه فلا يصح جعلهم القتل مانعا من الوصية لذلك .

(١) أى ويبدأ بهم الاقرب فالاقرب ، ويقدم الافقر والاشد تعففا واستتارا فيهم كما نص على ذلك الشافعى .وسواء كان مسلما أو ذميا .
انظر: الأم جـ٤ ص ٩٧ . الوجيز جـ١ ص ٢٧٦ . المنهاج ص ٩١ .
وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى جـ٢ ص ٥٥٢ . كشاف القناع جـ٤ ص ٤٠٢ .
المغنى جـ٦ ص ٢٣٣ .
وذكر فى المحرر جـ١ ص ٣٨٢ ان الجوار مستدار اربعين دارا ،أى من كل جانب عشرة .

(٢) فى نسخة ((ب)) : فيه .

(٣) خلافا للصاحبين ،حيث الجار عندهما: الملاصقون وغيرهم ممن يسكن محلة الموصى ،ويجمعهم مسجد المحلة ، وهذا منهما استحسان .
انظر الهداية جـ٩ ص ٣٩٩ . التبيين جـ٦ ص ٢٠٠ . مجمع الأنهر : جـ ٢ ص ٧١٠ .
وهو قول المالكية : الشرح الكبير جـ٤ ص ٤٣٣ . الجواهر جـ٢ ص ٣٢٠ .
شرح المنح جـ٤ ص ٦٥٩ .
ولم أقف على قول ابن حزم فى هذه المسألة .

لنا : ما روى أبو هريرة[٤] أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : (حق الجوار أربعون دارا هكذا وهكذا[٥] يمينا وشمالا وقداما وخلفا[٦]) .

قالوا : الجار هو الملاصق[٧] .

قلنا : هذه[٨] دعوى[٩] ، ثم تخالف السنة[١٠] .

---

(٤) انظر ترجمته في المسألة رقم (٣١) هامش (٨) .

(٥) زاد في نسخة ((ب)) : وهكذا ./ للمرة الثالثة .

(٦) قال في التلخيص : رواه أبو داود في المراسيل بسند رجاله ثقات الى الزهري ، بلفظ : اربعون دارا جار. أهـ جـ٣ ص٩٣ رقم/١٣٧٤ .
ثم قال : ورواه ابن حبان في الضعفاء ... من حديث أبي هريرة ، وفي اسناده عبد السلام بن أبي الجنوب ، وهو متروك . أهـ.
ونقل الزيلعي عن ابن حبان قوله في عبد السلام هذا : انه منكر الحديث. أهـ النصب جـ٤ ص٤١٤ .
ولفظه عن ابي يعلى الموصلي : عن عبد السلام بن أبي الجنوب عن أبي سلمة عن أبي هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : حق الجوار الى اربعين دارا ، هكذا وهكذا وهكذا وهكذا يمينا وشمالا وقدام وخلف . أهـ . النصب جـ٤ ص٤١٤ .

(٧) أي في اللغة أو العرف .
قال في المصباح جـ١ ص١٢٤ : والجار : المجاور في السكن ، والجمع جيران ، وجاوره مجاورة وجوارا من باب قاتل ، والاسم الجوار بالضم .. اذا لاصقه في السكن ، وحكى ثعلب عن ابن الأعرابي : الجار الذي يجاورك بيت بيت. أهـ

(٨) سقط لفظ (هذه) من نسخة ((ب)) .

(٩) أي مجردة من الدليل .

(١٠) أي على فرض صحة تلك الدعوى ، الا انها تخالف السنة ، يعني ما رواه أبو هريرة مرفوعا حق الجوار أربعون دارا . الحديث المذكور آنفا هامش (٦) .

قالوا : من لا شفعة له ليس (١١) بجار ، كالبعيد (١٢) .

قلنا : عندكم أهل الدرب تثبت لهم الشفعة (١٣) ، ثم لم يد خلوا في الجوار (١٤) ، ثم الشفعة تثبت لدفع الضرر (١٥) وذلك لا يوجد (١٦) ، والوصية تعلقت (١٧) بالاسم (١٨) فأعتبر فيها (١٩) اسم الشرع (٢٠) .

---

(١١) في نسخة ((ب)) : فليس.

(١٢) حيث لا يعد جارا .
بجامع عدم استحقاق الشفعة في كل من الاصل وهو البعيد ، والفرع وهو الجار غير الملاصق ،
ولما كان حكم الاصل عدم اعتباره جارا ، كان حكم الفرع كذلك فلا يكون غير الملاصق جارا أيضا لذلك .

(١٣) أي أهل الطريق الخاص وهو الطريق غير النافذ .أنظر الهداية جـ٨ص٣٠٢ .

(١٤) لانهم ليسوا ملاصقين ، أي وقد كان يجب أن لا تثبت لهم الشفعة بناء على اعتباركم الملاصقة في الجوار ، وهذا تناقض منكم ،فلا ارتباط بين الشفعة والجوار اذن .

(١٥) أي عن الجار أو الشريك .

(١٦) أي في الوصية ، لانها نفع محض .

(١٧) أي استحقت .

(١٨) أي ما يطلق عليه اسم الجار.

(١٩) في نسخة ((ب)) : فيه . / أي في تحديد معنى الجوار.

(٢٠) وهو ما ورد في حديث أبي هريرة المذكور أول المسألة هامش(٦) .

* مسألة (٣٢٣) : اذا وصى لقبيلة[(١)] كثيرة ، صحت الوصية فى أحد[(٢)] الوجهين . / ١٨٥ ش .

وقال أبو حنيفة : لا يصح[(٣)] .

لنا : ان كل طائفة جازت الوصية لكل واحد منهم[(٤)] جازت لهم[(٥)] ، كالفقراء[(٦)] .

---

(١) القبيلة : واحدة قبائل العرب ، وهم بنو أب واحد ، أهـ المختار ص ٥٢٠ .
وفى المفردات ص ٣٩٢ : هى الجماعة المجتمعة التى يقبل بعضها على بعض . أهـ

(٢) أى وتصرف الى ثلاثة منهم فما فوق ، والثانى يمنع لعدم القدرة على الاحاطة لاعطاء الجميع .
وجعلهما فى الوجيز جـ١ ص ٢٧٦ قولين ، ولم يرجح احدهما على الآخر .
والقول بالجواز ذكره فى المختصر ص ١٤٥ . ونص فى المنهاج ص ٩١ على أن القول بالصحة هو الأظهر قال : أو - أوصى - لجمع معين غير منحصر كالعلوية ، صحت فى الاظهر . أهـ
وهو قول الحنابلة : كشاف القناع جـ٤ ص ٣٩٧ . المغنى جـ٦ ص ١٨٠ .
المحرر جـ١ ص ٣٨٢ .
وبه يقول المالكية : قال الدردير : لا يدخل الموالى الاسفلون فى وصيته الى تميم أو بنيهم مثلا . أهـ فأفاد بهذا صحة الوصية للقبيلة فى التمثيل بتميم .
انظر : الشرح الكبير جـ٤ ص ٤٣٤ . الجواهر جـ٢ ص ٣٢٠ . شرح المنح : جـ٤ ص ٦٦١ .

(٣) مجمع الانهر جـ٢ ص ٧١٣ . الهداية جـ٩ ص ٤٠٤ . التبيين جـ٦ ص ٢٠١ .
ولم أقف على قول ابن حزم فى هذه المسألة .

(٤) أى منفردا .

(٥) أى مجتمعين .

(٦) حيث تصح الوصية لهم جملة .
بجامع صحة الوصية للمنفرد فى كل الاصل وهو الفقراء ، والفرع وهو القبيلة . =

قالوا : القصد (٧) التمليك دون القربة ، لان فيهم أغنياء (٨) ، والتمليك لا يصح لغير معين (٩) ، ولهذا لو قال : بعت من رجل أو لرجل ، على شئ لم يصح (١٠) .

قلنا : بل القصد القربة ويحصل ذلك بالأغنياء والفقراء ، فلم يصح ما قالوا (١١) .

* مسألة (٣٢٤) : اذا وصى للموالي وله موالي من أعلى (١) واسفل (٢) صحت الوصية وتصرف اليهما (٣) ./ ١٨٥ ش .

= ولما كان حكم الاصل صحة الوصية للفقراء جملة ، كان حكم الفرع كذلك فتصح الوصية للقبيلة الكبيرة أيضا لذلك .

(٧) أى فى الوصية .

(٨) أى والغنى ليس محلا للتصدق عليه .

(٩) لانه يفتقر الى القبض .

(١٠) لانها من مجهول فى الأولى ، والى مجهول فى الثانية .

(١١) من أن المقصود بالوصية التمليك دون القربة . فان الوصية للغنى قربة لما فيها من تأليف القلوب وقد يكون قريبا فتكون صلة لرحمه ، واذا كان فقيرا ففيها سد خلته .

(١) وهم الذين اعتقوه بأن كان مملوكا لجماعة فاعتقوه ، كان ولاؤه لهم جميعا .

(٢) وهم الذين اعتقهم هو ، بأن كان له مماليك فاعتقهم ، كان ولاؤهم جميعا له .

(٣) فى نسخة ((ب)) : اليهم ./ أى الموالى الاعلون والاسفلون ، وفى التثنية يكون المراد الصنفين من الموالى .

ومبنى هذه المسألة على اللفظ المشترك الذى لا يمكن استعمال مدلوليه معا . فانه يجوز استعماله حينئذ عند الشافعى وهو اختيار ابن الحاجب والفخر الرازى ، أنظر : تخريج الفروع على الاصول للاسنوى ص ١٧٦ .

وهو قول الحنابلة : المغنى جـ٦ ص ٢٣٢ . وذكر فى المحرر جـ١ ص ٣٨٢ عن ابن حامد انه يقدم المولى الاعلى .

وبصحتها للاعلى والاسفل يقول اشهب من المالكية ، لكن ذهب ابن القاسم =

وقال أبو حنيفة : لا يصح .(٤)

لنا : هو انهما فريقان ، تصح الوصية لكل واحد منهما ،(٥) فاذا وصى بلفظ تناولهما ، حمل عليهما كالشافعية والحنفية.(٦) ولانه لو حلف لا يكلم موالى فلان ، دخل الفريقان فى اليمين فكذلك ها هنا.(٧)

قالوا : معنيان(٨) مختلفان ، فلم يحمل عليهما اللفظ الواحد .

= الى دخول الاسفلين فقط لانهم مظنة الحاجة ، ونص الدردير على أن هذا هو المذهب .

انظر : الشرح الكبير جـ٤ ص ٤٣٣ وحاشية الدسوقى عليه . الجواهر : جـ٢ ص ٣٢٠ . شرح المنح جـ٤ ص ٦٦٠ .

(٤) الهداية جـ٩ ص ٤٠٦ . مجمع الأنهر جـ٢ ص ٧١٣ . المبسوط : جـ٢٧ ص ١٦٠ . ولم أقف لابن حزم على قول فى هذه المسألة .

(٥) أى منفردا عن الآخر ، بأن اوصى لمواليه الاعلين أو لمواليه الاسفلين .

(٦) حيث اذا اوصى للفقهاء ، تناول الحنفية والشافعية .
بجامع صحة الوصية للمنفرد ، فى كل من الاصل وهو مالو وصى للفقهاء والفرع وهو مالو وصى للموالى .
ولما كان حكم الاصل صحة الوصية لهم ويتناول الحنفية والشافعية ، كان حكم الفرع كذلك فتصح الوصية للموالى وتتناول الاعلين والاسفلين أيضا لذلك .

(٧) أى فى الوصية لهم .

(٨) وهما الموالى الاعلون والموالى الاسفلون .

قلنا : هذه دعوى [٩]، [١٠] ثم يبطل بمسألة اليمين ، وبالشافعية والحنفية اذا وصى للفقهاء [١١] .

* مسألة (٣٢٥) : تصح الوصية للحربى [١] على المنصوص [٢]، وقال ابن القاص [٣]: لا يصح ٠/١٨٥ش.

---

(٩) أى قولهم ان اللفظ لا يتناولهما معا .

(١٠) أى لا دليل عليها ، لأن لفظ الموالى يشمل الفريقين على السواء ، فيد خلان فى الوصية لهم .

(١١) حيث يدخل الاعلون والاسفلون فى حلفه ان لا يكلم موالى فلان ، ويدخل الحنفية والشافعية فى الوصية للفقهاء .

(١) أى المعين ، سواء أكان بدارنا أم بدار الحرب ، ومحله: اذا كان المال الموصى له به مما يجوز له تملكه وهو ماعدا آلة الحرب .
أفاد ذلك فى مغنى المحتاج جـ٣ ص ٤٣ .

(٢) وهذا أصح القولين ، ومحله: مالم يطلق بان عينه وسماه بان قال لفلان ، وهو حربى .
والا بان اطلق ولم يسمهم بان للحربيين ، فلا يصح قطعا . ذكره القليوبى .
انظر المنهاج ص٨٩ الوجيز جـ١ ص ٢٧٠ . القليوبى جـ٣ ص ١٥٩ .
وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى جـ٢ ص ٥٤٧ . كشاف القناع جـ٤ ص ٣٩١ المغنى جـ٦ ص ٢١٨ .
وبه يقول ابن حزم ، قال فى المحلى جـ١٠ ص ٤٢١ . وفرض على كل مسلم ان يوصى لقرابته الذين لا يرثون ، اما لرق واما لكفر . أهـ ولم يفرق بين من كان منهم حربيا أو غير حربى الا انه جعله فى الاقرباء منهم .

(٣) هو أبو العباس أحمد بن أبى أحمد الطبرى ، المعروف بابن القاص ، بصاد مهملة بعد الألف ، من أئمة الشافعية ، تفقه على ابن سريج وتفقه عليه أهل طبرستان ، والقاص هو الذى يعظ بذكر القصص ، وعرف أبوه بالقاص لانه دخل بلاد الديلم وقص على الناس الاخبار المرغبة فى الجهاد ثم دخل =

وهو قول أبى حنيفة.(٤)

لنا : ان من صح مناكحته صحت الوصية له ، كأهل الذمة.(٥) أو تمليك يفتقر الى القبول فأشبه البيع.(٦)

= بلاد الروم غازيا فبينما هو يقص لحقه وجد ورعشة فمات رحمه الله .

وقيل: ان الذى مات فى الوعظ هو أبو العباس المذكور وليس أبوه .

له تصانيف منها : التلخيص ، والمفتاح ، وادب القضاء ، ودلائل القبلة .

توفى سنة خمس وثلاثين وثلاثمائة .

انظر طبقات ابن هداية الله ص ٦٥ .

(٤) سواء كان الحربى فى دارنا أو فى دار الحرب، وقيل: يجوز ، وقد جمع بين القولين بانه لا ينبغى له فعله، فان فعله جاز ، وفى هذا الجمع دخن فان العقود الباطلة لا تفيد الملك بخلاف الفاسدة، وقيل: ان كان الحربى مستأمنا جاز والا فلا ، وهو خطأ أيضا .

انظر : الهداية جـ٩ ص٥٣٥ وتكملة فتح القدير عليه . التبيين جـ٦ ص٢٠٦ . مجمع الأنهر جـ٢ ص٦٩٢ .

وهو المعتمد عند المالكية وبه قال اصبغ ، خلافا لعبد الوهاب .

انظر: الشرح الكبير جـ٤ ص٤٢٦ وحاشية الدسوقى عليه . شرح المنح : جـ٤ ص٦٤٨ . المنتقى جـ٦ ص١٧٨ .

(٥) حيث تصح الوصية لهم .

بجامع جواز مناكحتهم فى كل من الاصل وهو اهل الذمة والفرع وهو الحربيون ولما كان حكم الاصل جواز الوصية لهم ، كان حكم الفرع كذلك فتصح الوصية للحربى أيضا لذلك .

(٦) حيث يصح البيع للحربى .

بجامع الافتقار الى القبول فى كل ، اما الاصل فالبيع واما الفرع فالوصية ولما كان حكم الاصل جواز البيع للحربى ، كان حكم الفرع كذلك فتجوز الوصية له أيضا لذلك .

فان احتجوا : بقوله جل وعز(٧) (لا ينهاكم الله(٨) عن الذين لم يقاتلوكم في الدين ولم يخرجوكم من دياركم ان تبروهم)(٩) .

قلنا : هذا استدلال بدليل الخطاب ،(١٠) وهم لا يقولون به(١١) ونحن نقدم عليه القياس.(١٢)

قالوا : مال يستحق بالموت ، فلم يثبت بين الحربي والمسلم ، كالارث.(١٣)

قلنا : الارث لا يثبت بين المسلم والذمي ، وتثبت الوصية .(١٤)

---

(٧) في نسخة ((ب)) : بقوله عز وجل .

(٨) سقط لفظ الجلالة من نسخة ((ب)) .

(٩) وتمامها : وتقسطوا اليهم ، ان الله يحب المقسطين .أهـ سورة الممتحنة آية رقم /٨ .

وجه الدلالة : ان الآية تفيد بمفهوم الخطاب فيها ان من قاتلنا أو عمل على اخراجنا لا يجوز البر به بالوصية اليه ، والمراد بها الحربيون .

(١٠) ويسمى مفهوم المخالفة ، وهو دلالة اللفظ على ثبوت نقيض حكم المنطوق للمسكوت . كما في تيسير التحرير جـ١ ص ٩٨ .

وعرفه في المستصفى جـ٢ ص ١٩١ بانه : الاستدلال بتخصيص الشئ بالذكر على نفي الحكم عما عداه .أهـ

(١١) أنظر تيسير التحرير جـ١ ص١٠١ .

(١٢) لانه اقوى في الدلالة منه لكونه معتمدا على النص في المقيس عليه .

(١٣) حيث لا يجوز التوارث بين المسلم والكافر.

بجامع الاستحقاق بالموت في كل من الاصل وهو الارث والفرع وهو الوصية ، ولما كان حكم الاصل عدم جواز وراثة الحربي للمسلم ، كان حكم الفرع كذلك فلا تجوز الوصية للحربي أيضا لذلك .

(١٤) أي بين المسلم والذمي .

واذ ذلك كذلك فبين الاصل وهو الارث والفرع وهو الوصية في قياسهم فارق ، فيبطل به قياسهم المذكور.

* مسألة (٣٢٦) : اذا أوصى لا قارب فلان ، دخل فيه كل من يعرف بقرابته . (١) / ١٨٥ ش.

---

(١) فلو كانوا واحدا اخذ جميع المال ، وإذا كثروا وانحصروا اقتسموه بالسوية قاله القليوبي جـ٣ ص ١٧٠ . سواء كانوا مسلمين أو كافرين ، أغنياء أو فقراء ، وارثين ، أو غير وارثين كاولاد البنات ، ولا تدخل قرابة الام عند العرب في الأصح ، لانهم لا يفتخرون بها ،
والثاني : انها تدخل كوصية العجم ، ورجحه الرافعي فقال : وهو الأقوى . انظر شرح المحلى جـ٣ ص ١٧٠ .
وانظر المسألة في : المختصر ص ١٤٥ . الأم جـ٤ ص ١١١ . ونص في المنهاج ص ٩١ على الخلاف في دخول الاصول والفروع ، وذكر ان الأصح عدم دخولهم في القرابة .
لكن ذكر في شرح المحلى جـ٣ ص ١٧٠ خلافا في دخول الاجداد والاحفاد ومال الى القول بدخولهم ، فقد ذكر القول المقابل بلفظ التمريض : وقيل لا يدخل أحد من الاصول والفروع . أهـ.
وبدخول كل من يعرف بقرابته في الوصية بقول الحنابلة أيضا :
انظر : شرح المنتهى جـ٢ ص ٥٥٢ . كشاف القناع جـ٤ ص ٤٠٢ . وفي التسوية بين الأب والابن أو تقديم الابن عليه ، قولان ذكرهما في المحرر جـ١ ص ٣٨٢ .
وبدخولهم يقول المالكية أيضا : الشرح الكبير جـ٤ ص ٤٣٢ . الجواهر : جـ٢ ص ٣٢٠ . شرح المنح جـ٤ ص ٦٥٧ .
وفي دخول قرابة أم الموصى له قولان ، ومحل الخلاف فيهما هو ما اذا وجدت قرابة اب الموصى له ، والا دخل قرابة امه اتفاقا . كما افاده في شرح المنح .
واليه ذهب ابن حزم : المحلى جـ١٠ ص ٤٢١ .

وقال أبو حنيفة : لا يدخل فيه الوالد والولد ولا ابن العم.(٢)

فالدليل على الوالد(٣) : ان من دخل فى الامان(٤) باسم القرابة دخل فى الوصية باسم القرابة كالأخ والعم.(٥)

والدليل على أنه يدخل بنو العم : انه يعرف باقاربه ، فأشبه الأخ والعم.(٦)

---

(٢) الهداية جـ٩ ص٤٠١ . التبيين جـ٦ ص٢٠١ . مجمع الانهر جـ٢ ص٧١١ .
وهل يدخل الجد والجدة وولد الولد ؟ ففى ظاهر الرواية انهم يدخلون ، وعن محمد بن الحسن وأبى يوسف انهم لا يدخلون .
ويستوى فى الدخول فى الوصية للأقارب الكبير والصغير والذكر والأنثى والحر والعبد والمسلم والكافر . افاده فى المجمع .

(٣) أى على دخوله فى الأقارب .

(٤) أى فى عقد الامان . حيث اذا اعطى الامان لفلان وأقاربه ، دخل فيه أبوه . ومحله اذا كان أبوه معه وكان الامام هو الذى أعطاه عقد الامان والا بان كان أبوه فى دار الحرب أو أعطاه الامان غير الامام فلا يدخل أهله فيه الا بشرط .
انظر القليوبى جـ٤ ص٢٢٦ .

(٥) حيث اذا أوصى لاقرباء فلان دخل فيهم أخ الموصى له وعمه .
بجامع الدخول فى عقد الامان ، فى كل من الاصل وهو الأخ والعم ، والفرع وهو الأب والابن .
ولما كان حكم الاصل دخولهما فى الوصية للأقارب ، كان حكم الفرع كذلك فيدخل معهم الأب والابن أيضا لذلك .

(٦) أى فى الدخول بالوصية للأقارب .

قالوا : فى الوالد والولد: انه لا يسمى قريبا فى العادة[٧] ، ولهذا افرده الله تبارك[٨] وتعالى بالذكر فقال : (للوالدين والاقربين)[٩] فأشبه الأجنبى .[١٠]

قلنا : الأخ لا يسمى[١١] فى العادة قريبا ، ثم يدخل فى الوصية[١٢] ، ولانه لو صح هذا[١٣] لوجب ان لا يدخل فى الامان[١٤] ، والأجنبى ليس من الأقارب ، وهذا[١٥] من الأقارب ، وانما أفرده الله

---

(٧) بل قالوا أيضا : من سمى والده قريبا ، كان منه عقوقا - وعللوا ذلك بقولهم : ان القريب فى عرف أهل اللغة من يتقرب الى غيره بواسطة غيره ، وتقرب الوالد والولد بنفسه لا بغيره . أهـ التبيين جـ٦ ص ٢٠١ .

(٨) سقط لفظ (تبارك) من نسخة ((ب)) .

(٩) سورة البقرة آية / ١٨٠ وتمامها : (كتب عليكم اذا حضر أحدكم الموت ان ترك خيرا الوصية للوالدين والاقربين بالمعروف حقا على المتقين) .
وجه الدلالة : انه تعالى قد عطف الاقربين على الوالدين ، والعطف يقتضى المغايرة ، ولو كان الوالدان من الاقربين لما عطف الاقربين عليهما ، لما فى ذلك من التكرار من غير موجب . والقران ينزه عن مثل ذلك .

(١٠) حيث لا يدخل فى الوصية للأقارب .
بجامع عدم تسميته قريبا فى العادة ، فى كل من الاصل وهو الأجنبى والفرع وهو الأب والابن .
ولما كان حكم الاصل عدم دخوله فى الوصية للأقرباء ، كان حكم الفرع كذلك فلا يدخل الأب والابن فى الوصية للأقرباء أيضا لذلك .

(١١) فى نسخة ((ب)) : الأخ فى العادة ، لا يسمى قريبا .

(١٢) أى فبطل اعتبار العادة فى تسمية القرابة علة فى منع الاب والابن من الدخول فى الوصية للأقارب .

(١٣) أى اعتبار العادة فى عدم تسمية الأب والابن قريبا .

(١٤) أى والحال ان الاب والابن يدخلان فيما لو عقد الامام الامان للحربى . كما مر فى الهامش رقم (٤) من هذه المسألة .

(١٥) أى الأب أو الابن .

تعالى بالذكر[١٦] للتفضيل ، كما افرد جبريل وميكائيل فقال (وملائكته ورسله وجبريل وميكال)[١٧] وان كانوا من جملة الملائكة .

قالوا : فى بنى العم : انه مال[١٨] يستحق بالقرابة لا بالارث ، فلم يدخل بنو العم فيه كالنفقة .[١٩]

قلنا : النفقة لا تجب للاخوة مع اختلاف الدين ،[٢٠] ومع

---

(١٦) أى فى الاية التى ذكروها .

(١٧) فى نسخة ((ب)) : وميكائيل ./ وتمام الآية : (من كان عدوا لله وملائكته ورسله وجبريل وميكال فان الله عدو للكافرين) سورة البقرة : آية / ٩٨ .

وجه الدلالة : ان جبريل وميكال من الملائكة ، وقد افردهما الله تعالى بالذكر مع انهما داخلان فى لفظ الملائكة تعظيما لشأنهما وتفضيلا لهما عليهم .

(١٨) أى المال الموصى به لا قارب فلان .

(١٩) حيث لا تجب لابن العم فى حال الوصية بالنفقة على من تلزمه نفقته فى حياته .

بجامع ان كلا مال يستحق بسبب القرابة ، اما الاصل فالنفقة واما الفرع فالوصية للأقارب .

ولما كان حكم الاصل عدم استحقاق ابن العم النفقة ، كان حكم الفرع كذلك فلا يستحق الدخول فى الوصية للأقارب أيضا لذلك .

(٢٠) أى عندكم ، وانما منعوا من ذلك لأن استحقاق النفقة يثبت باسم الارث ، ولا توارث مع اختلاف الدين .

أنظر مجمع الأنهر جـ١ ص ٥٠٢ .

الغنا [٢١]، وتجب لهم الوصية [٢٢]، ولأنه يعارضه [٢٣] انه مال يستحق بالقرابة بشرط الموت، فدخل فيه بنو العم، كالميراث [٢٤].

* مسألة (٣٢٧) : اذا وصى لاقارب فلان سوى بين القريب والبعيد [١]. ١٨٦/٠ ى

---

(٢١) أى فيما لو كان من تلزمه نفقته غنيا، وان بقدرته على الكسب.
وقيل : ان كان قادرا على الكسب لا تلزمه نفقته، لانه يكون به غنيا، الا الأب، لانتفاء الحاجة اذن. انظر مجمع الأنهر جـ١ ص ٤٩٩.

(٢٢) أى مع الاختلاف فى الدين ومع غناهم أيضا، أى فلا ارتباط بين النفقة والوصية.
أى فكان بين الاصل والفرع فى قياسهم الوصية على النفقة فارق، فيبطل به قياسهم المذكور.

(٢٣) أى قولهم : ان الوصية للأقارب مال يستحق بالقرابة.

(٢٤) حيث يدخل فيه بنو العم.
بجامع ان كلا مال يستحق بالقرابة بشرط الموت، اما الاصل فالارث، واما الفرع فالوصية.
ولما كان حكم الاصل دخول بنى العم فيه، كان حكم الفرع كذلك فيدخل بنو العم فى الوصية أيضا لذلك.

(١) وهم الوارث وغير الوارث والمحرم وغير المحرم، ممن يدخل فى مسمى القرابة.
انظر: الوجيز جـ١ ص ٢٧٦. المنهاج ص ٩١. قليوبى جـ٣ ص ١٧٠.
وهو قول الحنابلة : المغنى جـ٦ ص ٢٢٩ ؛ وجملته ان الرجل اذا وصى لقرابته أو لقرابة فلان . . . ويسوى بين قريبهم وبعيدهم وذكرهم وانثاهم. أهـ
وانظر شرح المنتهى جـ٢ ص ٥٥٢. وكشاف القناع جـ٤ ص ٤٠٣.
وبه يقول المالكية أيضا :
انظر: الجواهر جـ٢ ص ٣٢٠. الشرح الكبير جـ٤ ص ٤٣٢ وحاشية الدسوقى عليه، شرح المنح جـ٤ ص ٦٥٨ عند قول خليل : والوارث كغيره. أهـ

وقال أبو حنيفة : يبدأ بالاقرب فالأقرب.(٢)

لنا : هو انه عطية علقت على صفة(٣) اشتركوا فيها ، فأشبه الوصية للاخوة.(٤)

قالوا : مال يستحق بالقرابة ، فيبدأ بالأقرب ،كالميراث.(٥)

قلنا : لو كان كالميراث لقدم الأب والابن،(٦) ولان الميراث يستحق بقرابة مخصوصة ، وهى الابوة والاخوة ،والوصية تستحق بالقرابة المطلقة.(٧)

---

(٢) خلافا للصاحبين ، حيث سويا بين الجميع.
انظر: الهداية جـ٩ ص ٤٠٤ . التبيين جـ٦ ص٢٠١ . مجمع الأنهر: جـ٢ ص ٧١١ .
ولم أقف على قول ابن حزم فى هذه المسألة .

(٣) وهى القرابة .

(٤) حيث يستوون فيها .
بجامع ان كلا عطية علقت على صفة فى كل من الاصل وهو الوصية للاخوة ، والفرع وهو الوصية لاقارب فلان .
ولما كان حكم الاصل التسوية بينهم ، كان حكم الفرع كذلك فيسوى بين الأقارب أيضا لذلك .

(٥) حيث يبدأ فيه بالأقرب فالأقرب.
بجامع الاستحقاق بالقرابة ، فى كل من الاصل وهو الميراث ، والفرع وهو الوصية للأقارب .
ولما كان حكم الاصل تقديم الأقرب ، كان حكم الفرع كذلك فيقدم الأقرب فالأقرب أيضا لذلك .

(٦) أى والحال انكم لا تدخلونهم فى الوصية للأقارب ، كما هو الحال فى الميراث ، فدل على بطلان قياسه على الميراث .

(٧) وهى كل من يصدق عليه لفظ القريب.
أى وبثبوت هذا الفارق بين الاصل والفرع فى قياسهم الوصية للأقارب على الميراث ، يبطل قياسهم المذكور.

* مسألة (٣٢٨) : اذا وصى بسهم [١] من ماله دفع اليه اقل القليل [٢] . ١٨٦/ت

---

(١) قال الجوهري :السهم:واحد السهام ، والسهم:النصيب ، والجمع السهمان.أهـ
الصحاح جـ٥ ص١٩٥٦ .
وفي المصباح جـ١ ص٣١٤ : السهم : النصيب ، والجمع اسهم ، وسهام وسهمان بالضم .أهـ.

(٢) أي ويعود تحديد ذلك الى الورثة .
انظر : المختصر ص١٤٣ . الأم جـ٤ ص٩٠ . الوجيز جـ١ ص٢٨٠ .
المنهاج ص٩١ .

وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى جـ٢ ص٥٦٧ . كشاف القناع جـ٤ص٤٢٦
وذكر في المغني جـ٦ ص١٥٩ رواية اخرى انه يعطى سهما مالم يزد على السدس ، فان زاد عن سدس المال فله السدس فقط . وزاد في المحرر جـ١ ص٣٩٠ رواية ثالثة : انه يعطى سهما مما تصح منه الفريضة مضافا اليها .

وذهب المالكية الى ان له سهما من أصل فريضته ولو عائلة ، فان كان اصلها من ستة فله سهم من ستة ، وان عالت فله سهم مما بلغته بعولها ،كسبعة وثمانية وتسعة وعشرة ، وان كان عولها الى أربعة وعشرين كان له سهم من أربعة وعشرين سهما وكذا لو عالت الى سبعة وعشرين .

انظر: الشرح الكبير جـ٤ ص٤٤٧ . الجواهر جـ٢ ص٣٢٤ . وذكر في شرح المنح جـ٤ ص٦٨٠ قولا آخر ان له الثمن وبه قال أشهب ، وقولا ثالثا : ان له السدس .
وانظر ص٦٨١ منه أيضا .

وقال أبو حنيفة في احدى الروايتين : يعطى اقل نصيب الورثة مالم يزد على السدس ، وفي الاخرى : يعطى اقل نصيب الورثة ، مالم ينقص عن السدس.(٣)

لنا : ان السهم يقع على القليل والكثير ، ولهذا يقول : سهم من سهمين ، ويريد النصف وسهم من عشرة ،(٤) ويريد العشر، فأشبه النصيب.(٥)

قالوا : روى عبد الله(٦) ان رجلا جعل لرجل سهما من ماله ، على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فجعل له السدس.(٧)

---

(٣) خلافا للصاحبين ، حيث قالا : له مثل نصيب احد الورثة ، ولا يزاد على الثلث الا أن يجيز الورثة .
أنظر: الهداية جـ٩ ص ٣٧٠ . التبيين جـ٦ ص ١٨٩ . مجمع الأنهر: جـ٢ ص٦٩٨ .
ولم أقف على قول ابن حزم في هذه المسألة .

(٤) في نسخة ((ب)) : من عشرة اسهم .

(٥) حيث يدفع الى مستحقه وان قل .
بجامع اطلاقه على القليل والكثير ، في كل من الاصل وهو النصيب ، والفرع وهو السهم .
ولما كان حكم الاصل دفعه الى المستحق قليلا كان أو كثيرا ، كان حكم الفرع كذلك فيدفع السهم الى مستحقه وان قل أيضا لذلك .

(٦) هو ابن مسعود ، انظر ترجمته في المسألة رقم (٥٩) هامش (٢٣) .

(٧) رواه البزار في مسنده ، والطبراني في المعجم الأوسط ، عن محمد بن عبد الله العرزمي عن أبي قيس عن هزيل بن شرحبيل عن ابن مسعود ان رجلا اوصى لرجل بسهم من ماله ، فجعل له النبي صلى الله عليه وسلم السدس.أهـ
قال البزار : حديث لا نعلمه يروى عن النبي صلى الله عليه وسلم الا من هذا الوجه ، وأبو قيس ليس بالقوي .أهـ

=

قلنا : لا يعرف.(٨) ثم هم يضمرون :(٩) وكان أقل نصيب الورثة،(١٠) ونحن نضمر : وكان ذلك برضا الورثة.(١١)

قالوا : قال اياس بن معاوية :(١٢) السهم في كلام العرب السدس.(١٣)

= قال عبد الحق : العزرمي متروك ، وأبو قيس له أحاديث يخالف فيها ، واسم أبي قيس عبد الرحمن بن ثروان . أهـ كل ماذكرته مأخوذ من نصب الراية جـ٤ ص ٤٠٧.

(٨) في نسخة ((ب)) : لا نعرفه .

(٩) أي بعد قوله في الحديث المذكور : فجعل له السدس.

(١٠) أي فدل على أن المراد بالسهم اقل نصيب الورثة .

(١١) أي فلا يدل على أن المراد بالسهم السدس ، الذي هو أقل نصيب الورثة .

(١٢) هو اياس بن معاوية بن قرة المزني ، أبو واثلة ، كان قاضي البصرة ، واحد أعاجيب الدهر في الفطنة والذكاء ، حتى ضرب المثل بين الناس بذكائه ، دخل مدينة واسط ، فقال لاهلها بعد أيام : يوم قدمت بلدكم عرفت خياركم من شراركم ، قالوا : كيف ؟ قال : معنا قوم خيار ، الفوا منكم قوما ، وقوم شرار الفوا قوما ، فعلمت ان خياركم من الفه خيارنا وكذلك شراركم . قال فيه الجاحظ : اياس من مفاخر مضر ومن مقدمي القضاة ، كان صادق الحدس نقابا ، عجيب الفراسة ملهما وجيها عند الخلفاء .
روى اياس عن أبيه وانس وابن المسيب ، وروى عنه الأعمش وأيوب والحمادان وثقه ابن معين وابن سعد ، وقال النسائي تكلموا فيه ، من أقواله : من عدم فضيلة الصدق فقد فجع في اكرم اخلاقه . توفى سنة اثنتين وعشرين ومائة .
أنظر الاعلام جـ٢ ص ٣٣ . الخلاصة ص ٤٢.

(١٣) رواه عنه الامام قاسم بن ثابت السرقسطي في كتابه : غريب الحديث ، في باب كلام التابعين ، وهو آخر الكتاب في ترجمة شريح ، وساق بسنده الى اياس بن معاوية ، فذكر قوله هذا . =

قلنا : لا نعرف هذا ،(١٤) ولو صح لذكره أهل اللغة.(١٥)

قالوا : الوصية دخيل(١٦) على الفرائض ، كالعول ،(١٧) واقل مايعول السدس.(١٨)

قلنا : السهم العائل هو السبع ،(١٩) ثم لو صح هذا ،(٢٠) لتقدر

= ثم نقل الزيلعي عن الحسن - هو البصري - انه قال في رجل أوصى بسهم من ماله : له السدس على كل حال.

انظر النصب جـ ٤ ص ٤٠٨.

ولم يزد ابن حجر في الدراية جـ ٢ ص ٢٩١ شيئا على مافي النصب.

(١٤) أي في لغة العرب.

(١٥) أي فدل على انه رأي واجتهاد منه.

(١٦) في نسخة ((ب)) : دخل . / بفتح الأول، والثاني ساكن.

والدخيل: هو من ليس من القوم ويدخل فيهم. انظر القاموس جـ٣ ص٣٧٥.

أي الوصية ليست من الفرائض ، وانما هي داخلة عليها بادخال الموصي.

(١٧) من قولهم : عالت الفريضة - أي - ارتفعت . وهو ان تزيد سهاما ، فيدخل النقصان على أهل الفرائض .أهـ المختار ص ٤٦٣.

(١٨) أي فيحمل السهم عليه. بجامع ان كلا دخيل على الفرائض. اما الاصل فالعول واما الفرع فالوصية.

ولما كان حكم الاصل حمله على السدس ، كان حكم الفرع كذلك فيحمل السهم على السدس أيضا لذلك.

(١٩) أي وليس السدس. لأن السدس من الأنصبة المقدرة والفريضة لا تعول الى الانصبة المقدرة.

(٢٠) أي تقدير السهم بالسدس ، بناء على انه أقل مايعول.

به الوصية بالنصيب والقسط .(٢١)

* مسألة (٣٢٩) : اذا وصى(١) لرجل بنصف ماله ولا خر بثلثه ولم يجز الورثة ، قسم الثلث بينهما على التفاضل(٢) . / ١٨٦ ى .

---

(٢١) أى لوجب فيمن قال أوصيت لفلان بنصيب من مالى أو بقسط منه ، أن يعطى السدس .
والحال انه لا يعطى ذلك ، بل يعطيه الورثة ما تطيب به نفسه ، عندكم .
لانه مجهول يتناول القليل والكثير ، أنظر الهداية جـ٩ ص ٣٧٣ .

(١) فى نسخة ((ب)) : أوصى .

(٢) أى فيجعل الثلث كما لو كان ستة اسهم ، وهو حاصل ضرب بسط الثلث وهو ثلاثة ، فى بسط النصف وهو اثنان ، فيكون الناتج ستة ، فيعطى صاحب النصف نصفها ثلاثة ، وصاحب الثلث ثلثها اثنين .
فالمجموع خمسة ، فنبحث عن عدد يكون ثلثه خمسة ، وهو خمسة عشر ، فنعطى صاحب الثلث خمسة ، وصاحب النصف عشرة .

انظر : الأم جـ٤ ص ١٠٥ . المختصر ص ١٤٣ . الوجيز جـ١ ص ٢٨٠ والتى تليها .

وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى جـ٢ ص ٥٦٣ . كشاف القناع : جـ٤ ص ٣٧٨ . وانظر المغنى جـ٦ ص ١٧٣ .

واليه ذهب المالكية : لقوانين ص ٤٤١ فى الصورة الثانية من تعدد اجزاء الوصية .

وقد نص على هذه المسألة فى المنتقى جـ٦ ص ١٦٠ .

وقال أبو حنيفة : يقسم بينهما بالسوية.(٣)

لنا : ان ماقسم بين الشركاء على التفاضل عند الوفاء(٤) قسم على التفاضل عند النقصان(٥) كالفرائض بين الورثة عند العول(٦) والتركة بين الغرماء(٧)، ولانهما وصيتان صدرتا من الموصى فى ماله على التفضيل ، فوجبت القسمة بينهما على التفضيل ، كما لو وصى لأحدهما بمائة وللآخر بمائتين وثلث ماله مائة(٨)

---

(٣) الهداية جـ٩ ص٣٦٨ . التبيين جـ٦ ص١٨٧ . مجمع الأنهر جـ٢ ص٦٩٧ .
واما ابن حزم فقد ابطل الوصية بما زاد على الثلث أصلا . انظر المحلى جـ١٠ ص٤٢٥ .

(٤) أى عند وفاء الثلث بالوصية . كما لو أوصى لفلان بمائة ولفلان بمائتين وكان ثلث ماله يساوى ثلاثمائة درهم مثلا .

(٥) أى نقصان الثلث عن الوفاء بالموصى به .

(٦) حيث تقسم التركة على التفاوت بين الورثة ، مع كون النقص قد دخل على سهامهم بسبب زيادة عدد السهام فيها .

(٧) حيث تقسم عليهم بالتفاضل ، فيأخذ كل منهم بنسبة حقه فى التركة ، مع كون التركة قد نقصت عن الوفاء بحقوقهم .

(٨) فى الأصل : (بمائتين ، وثلثمائة) . والصواب ماأثبتناه من نسخة ((ب)) .
حيث يعطى صاحب المائة ثلاثة وثلاثين وثلث ، وصاحب المائتين ستة وستين وثلثين ، تمام المائة التى هى ثلث ماله .
بجامع صدورهما على التفضيل من الموصى فى كل من الاصل وهو مالو وصى لاحدهما بمائة وللآخر بمائتين ، والفرع وهو مالو وصى لاحدهما بنصف ماله وللآخر بثلثه ولم يجز الورثة الزيادة على الثلث .
ولما كان حكم الاصل وجوب التفضيل بينهما فيه ، كان حكم الفرع كذلك فيجب التفضيل بينهما اذا ضاق الثلث عن الوفاء ، أيضا لذلك .

أو وصى لا حدهما بالثلث وللآخر بالربع.(٩)

قالوا : مازاد على الثلث لا يستحق بالوصية (١٠) بحال (١١)، فلا يضرب به (١٢)(١٣)،

كمال الغير.(١٤)

قلنا : عندهم قد يستحق مازاد على الثلث، وهو اذا مات، ولا وارث له (١٥)،

---

(٩) أى ورفض الورثة الزيادة على الثلث ، حيث يعطون نصيبهما من الثلث على التفضيل ، فتكون المسألة من اثنى عشر ، فيعطى صاحب الثلث ثلثها وهو أربعة ، وصاحب الربع ربعها وهو ثلاثة . فيكون المجموع سبعة ثم ننظر فى عدد يكون ربعه سبعة ، فنجده عدد الأربع والعشرين ، فيعطى صاحب الربع سبعة ، وصاحب الثلث الباقى .

(١٠) فى نسخة ((ب)) : على الوصية .

(١١) لانه حق الورثة ، فلا يجوز للمورث التصرف فيه . الا باجازتهم .

(١٢) أى فلا يقسم ولا يعطى ، تقول فلان ضرب فى ماله سهما ، أى جعل .
أنظر الكفاية جـ٩ ص ٣٦٨ .

(١٣) أى بما زدا على الثلث .

(١٤) حيث لا يحل اعطاؤه من غير صاحبه .
بجامع عدم الاستحقاق بالوصية ، فى كل من الاصل وهو مال الغير ، والفرع وهو مازاد على الثلث .
ولما كان حكم الاصل المنع من التصرف به ، كان حكم الفرع كذلك فلا يجوز للمورث التصرف بما زاد على الثلث بالوصية به أيضا لذلك .

(١٥) حيث يجوز للمالك فى هذه الحالة الوصية بجميع ماله لمن شاء .

انظر تكملة فتح القدير المسماة نتائج الأفكار جـ ٩ ص ٣٤٢ .

وانما لا يستحق اذا مات وله وارث ، وهذا موجود فيمن أوصى لأحدهما بمائة وللآخر بمائتين وماله ثلاثمائة(١٦) فان مازاد(١٧) هاهنا لا يستحق بالوصية(١٨)، ثم يفرد(١٩) به صاحب المائتين(٢٠)، ويخالف مال الغير فان ذاك(٢١) لا يدخل في الوصية ، ولهذا لا يعقد(٢٢) بالاجازة ، وهذا(٢٣) بخلافه(٢٤).

قالوا : الزيادة مفسوخة(٢٥) بالرد(٢٦)، فأشبه اذا رجع فيها الموصى(٢٧).

---

(١٦) فى الاصل ونسخة ((ب)) : وثلاثمائة . / والصواب ماأثبتناه .

(١٧) أى عن الثلث ، وهو المائتان هنا .

(١٨) أى بل باجازة الورثة .

(١٩) فى نسخة ((ب)) : ثم يضرب به . / والضمير فى (به) يعود الى الثلث .

(٢٠) أى فلم يتساويا فى القسمة ، حيث تفرد بالمائتين دون صاحب المائة .

(٢١) فى نسخة ((ب)) : ذلك . / أى مال الغير .

(٢٢) فى الاصل (لا يتقدر) والصواب ما اثبتناه من نسخة ((ب)) .

(٢٣) أى ثلث مال المورث ، وهو الموصى .

(٢٤) حيث يجوز مازاد فيه على الثلث بالوصية اذا اجازه الورثة ، أى وبهذا الفارق يبطل قياسهم المذكور .

(٢٥) فى الاصل : (مقسومة) وماأثبتناه من نسخة ((ب)) أولى ، فان الفسخ فرع الانعقاد وهم يقولون بصحة الوصية بالزيادة على الثلث لكنها موقوفة على اجازة الورثة . وستأتى فى المسألة رقم (٣٣١) .

(٢٦) أى برد الورثة الوصية بما زاد على الثلث ، بعدم اجازته .

(٢٧) حيث يستويان فى الثلث بعد رجوع الموصى بالزيادة وهى النصف هنا فى هذه المسألة التى نحن بصددها .

بجامع وقوع الفسخ فى الزيادة على الثلث ، فى كل من الاصل وهو مالو رجع =

قلنا : يبطل بالوصيتين بالمائة (٢٨) والمائتين (٢٩) ، ويخالف اذا رجع (٣٠)، فان هناك (٣١) قصد الى ابطال التفضيل ، وهاهنا (٣٢) قصد التفضيل فوجب التفضيل (٣٣) ، يعينه (٣٤) : انه (٣٥) لو رجع (٣٦) في الزيادة في المائة والمائتين أو في الثلث والربع ، لم يقسم الثلث على التفضيل (٣٧) ، ولو رد الورثة (٣٨) قسم الثلث على التفضيل (٣٩) .

= الموصى بالزيادة ، والفرع وهو مالو لم يجزها الورثة .
ولما كان حكم الاصل التسوية بين الموصى لهما في الثلث ، كان حكم الفرع كذلك فيستويان فيه لعدم اجازة الورثة الزيادة أيضا لذلك .

(٢٨) أي لاحدهما .

(٢٩) أي للآخر . أي وكان المال كله ثلاثمائة ، حيث يجب المفاضلة بينهما .

(٣٠) أي الموصى .

(٣١) أي في الرجوع بالزيادة على الثلث .

(٣٢) أي في حال الوصية بما زاد على الثلث .

(٣٣) أي في الثلث ، بين الموصى لهما اذا لم يجز الورثة .

(٣٤) من التعيين ،أي ومما يجعل هذا المعنى هو المقصود .

(٣٥) في نسخة ((ب)) : ولانه ./ وهو خطأ.

(٣٦) أي الموصى .

(٣٧) لانه قصد ابطال التفضيل برجوعه عنه .

(٣٨) في نسخة ((ب)) : ولو لم يرد رد الورثة./ وهو خطأ ظاهر.

(٣٩) تحقيقا لغرض الموصى بالمفاضلة بين الموصى لهما . أي فبين قياسكم رجوع الموصى على رجوع الورثة فارق ، فيبطل به قياسكم المذكور.

* مسألة (٣٣٠) : اذا وصى لرجل بجميع ماله وللآخر بثلث ماله واجاز الورثة قسم على أربعة.(١) / ١٨٦ ى.

وقال أبو حنيفة فى احدى الروايتين : لصاحب الثلث السدس ولصاحب الكل الباقى.(٢)

---

(١) نجعل أصل المسألة من ثلاثة لحاجتنا للثلث ، فالموصى له بالجميع يدعى الكل وهو ثلاثة والموصى له بالثلث يدعى الثلث وهو واحد فتعول الى أربعة ، ربعه وهو سهم لصاحب الثلث ، وثلاثة أرباعه ثلاثة اسهم لصاحب الجميع .

المختصر ص ١٤٣ : ولو أوصى لرجل بثلث ماله ولآخر بنصفه ولآخر بربعه فلم تجز الورثة قسم الثلث على الحصص ، وان اجازوا قسم المال على ثلاثة عشر جزءا لصاحب النصف ستة ولصاحب الثلث أربعة ، ولصاحب الربع ثلاثة ، حتى يكونوا سواء فى العول .أهـ.

وانظر الوجيز جـ١ ص ٢٨٠.

وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى جـ٢ ص ٥٦٩ : وان زادت الاجزاء الموصى بها على المال عملت فيها عملك فى مسائل العول . .الخ .أهـ.

وانظر كشاف القناع جـ٤ ص ٤٢٩ . المغنى جـ٦ ص ١٧٤.

وبه يقول المالكية : المنتقى جـ٦ ص ١٦٠.

(٢) نقل الشلبى عن صاحب الايضاح قوله : ليس عن أبى حنيفة فى هذا نص ، واختلفوا فى قياس قوله عند اجازة الورثة ، فقال أبو يوسف : يقسم المال بينهما اسداسا بطريق المنازعة ، خمسة اسداسه لصاحب الجميع والسدس لصاحب الثلث - ثم نقل عن الحسن بن زياد قوله : - . . . ماقاله أبو يوسف قبيح ، فانه يصيب الموصى له عند عدم الاجازة نصف الثلث ، والان كذلك لأن السدس نصف الثلث - فبناء على قول أبى يوسف فرق بين اجازة الورثة فى هذه المسألة وعدم اجازتهم وهذا خطأ ، ثم ذكر الحسن بن زياد الصواب فقال :- بل يجب للموصى له بالثلث ربع المال والموصى له بالجميع ثلاثة أرباعه .أهـ ثم ذكر وجه القولين، فانظره فى حاشية الشلبى جـ٦ص١٨٨ =

لنا : هو انها فروض مختلفة اجتمعت فى المال ، فاذا عجز المال[٣] عنها دخل النقص[٤] على الجميع ، كأصحاب المواريث[٥] وأصحاب الديون[٦] .

قالوا : صاحب الكل لا منازع له فى الثلثين[٧] ، فسلم له ، وبقيت المنازعة

= وقد رجح السرخسى تخريج الحسن بن زياد على تخريج أبى يوسف ومحمد فى المبسوط جـ٢٨ ص ١٢١ .

وذهب ابن حزم الى عدم جواز الوصية بما زاد على الثلث أصلا ، سواء اجاز الورثة أو لم يجيزوا . انظر المحلى جـ١٠ ص ٤٢٥ .

(٣) سقط لفظ (المال) من نسخة ((ب)) ./ أى اذا ضاق المال عن الوفاء بها .

(٤) فى نسخة ((ب)) : البعض ./ وهو تحريف .

(٥) حيث اذا ضاق المال عن الوفاء بالانصباء عالت المسألة بزيادة سهام عليها فيدخل النقصان على جميع الورثة .

(٦) حيث اذا ضاق مال المورث عن الوفاء بها ، أخذ أصحاب الديون من ماله كل بنسبة دينه ، فيدخل النقص بذلك على جميع أصحاب الديون .

والجامع فى القياس المذكور هو انها فروض عجز المال عنها عند الاجتماع ، فى كل من الاصل وهو المواريث والديون ، والفرع وهو الوصية .

ولما كان حكم الاصل دخول النقص فيه على أصحابها ، كان حكم الفرع كذلك ، فيدخل النقص على أصحاب الوصايا أيضا لذلك .

(٧) لان لصاحبه الثلث فقط .

بينه وبين صاحب الثلث في الثلث[٨]، فجعل بينهما نصفين[٩] كرجلين تنازعا دارا وأقام أحدهما بينة ان الجميع له ، واقام الاخر بينة ان نصفها له[١٠].

قلنا : يبطل بأصحاب المواريث ، وأصحاب الديون[١١]، وفي الاصل أربعة أقوال[١٢]،

---

(٨) لان الموصى قد أوصى له بجميع المال ، لكن هذه الوصية اصطدمت بالوصية للآخر بثلث المال فتنازعا في الثلث فقط .

(٩) فيكون لكل منهما السدس ، ثم ينضم سدس صاحب جميع المال الى الثلثين فيكون له خمسة اسداس المال .

(١٠) حيث يقضى بربعها لمدعى النصف لأن المنازعة فيه ، وبالباقي لمدعى الجميع لخلو النصف الثاني عن المنازعة فيه .

(١١) حيث يدخل النقص عليهم جميعا ، لعدم وفاء المال بحقوق الجميع ، مع كون المنازعة حاصلة بين الجميع في المال .

(١٢) أى في المقيس عليه في قياسهم المذكور ، واليك الاقوال الأربعة المشار اليها :

أولها : ان البينتين تتساقطان ، فيتحالف الطرفان على ما ادعاه كل منهما.

الثاني : يجب القسمة بينهما فيما تنازعا فيه ، وهو نصيب مدعى النصف هنا .

الثالث : يقرع بينهما ، فمن خرجت قرعته أخذ النصف المتنازع فيه .

الرابع : يقف الأمر بينهما في النصف المتنازع فيه على الصلح بينهما .

ذكر هذه الاقوال الاربعة صاحب الوجيز جـ٢ ص ٢٦٧ . ولم يرجح واحدا منها .

وقد رجح الشربيني القول بالوقف حتى يتبين الحال أو يصطلحان ، وجعله قول الجمهور ، كما جزم بترجيحه في الروضة واصلها في أوائل التحالف ، انظر مغني المحتاج جـ٤ ص ٤٨٠ .

لا نسلم على ثلاثة منها .(١٣)

* مسألة (٣٣١) : لا يصح الوصية بما زاد على الثلث فى أحد القولين.(١) ١٨٦/٠ ش.

وقال أبو حنيفة : يصح ويقف(٢) على الاجازة.(٣)

---

(١٣) وهى ماعدا القول الرابع ، الموجب للتوقف حتى يتبين الأمر.

(١) أى ويكون الزائد لغوا ، واذا اجازه الورثة كان عطية مبتدأة من الورثة .

انظر الوجيز جـ١ ص ٢٧٠ . المنهاج ص ٩٠ . الأم جـ٤ ص ١٠٥ .

وهو قول المالكية فى المشهور عندهم ، خلافا لابن القصار وابن العطار حيث جعلاه فى حال الاجازة تنفيذا لا عطية مبتدأة ، وجعله الباجى هو المذهب .

ونقل ذلك عن القاضى أبى محمد . انظر المنتقى جـ٦ ص ١٥٧ .

انظر : الشرح الكبير جـ٤ ص ٤٢٧ وحاشية الدسوقى عليه . الجواهر : جـ٢ ص ٣١٨ . شرح المنح جـ٤ ص ٦٤٩ والتى تليها .

وذهب ابن حزم الى ابطال الزيادة على الثلث أيضا . انظر المحلى : جـ١٠ ص ٤٢٥ .

(٢) فى نسخة ((ب)) : وتبقى .

(٣) أى ويكون ذلك منهم تنفيذا للوصية فى حال الاجازة .

ومحل صحة الاجازة من الورثة هو ما اذا كانوا بالغين عاقلين ، أى كانوا اهلا للتبرع . فان اجاز بعضهم دون بعض جازت على المجيز بقدر حصته .

انظر : الهداية جـ٩ ص ٣٤٦ . التبيين جـ٦ ص ١٨٣ . مجمع الأنهر : جـ٢ ص ٦٩٢ .

=

لنا : هو أنه مال للوارث ، ملكه بموت الموصى ، فلا يملك الا من جهته[٤] ، كسائر أمواله[٥] ولانه[٦] يعتبر من ثلث الوارث[٧] ، فكان التمليك من جهتـه[٨] ، كسائر هباته[٩] .

= وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى جـ٢ ص ٥٤١ . كشاف القناع جـ٤ ص٣٧٦ و ص ٣٧٨ . وذكر فى المغنى جـ٦ ص ١٤١ رواية اخرى انها باطلة واذا اجازها الورثة فهى عطية مبتدأة .

(٤) بأن يكون ابتداء التمليك من قبله هو .

(٥) حيث لا تملك الا بتمليك صاحبها .

بجامع ان كلا مال للوارث ، اما الاصل فهو سائر أمواله ، واما الفرع فهو الزائد عن الثلث .

ولما كان حكم الاصل عدم جواز تملكه الا من جهته كان حكم الفرع كذلك فلا يجوز للموصى له تملك مازاد على الثلث الا من جهة الوارث أيضا لذلك .

(٦) أى الزائد عن الثلث .

(٧) أى فلا يجوز للمورث التصرف فيه .

(٨) لانه حقه هو دون المورث .

(٩) حيث تتملك بتمليكه .

بجامع اعتباره من ثلث الوارث ، فى كل من الاصل وهو سائر هبات الوارث والفرع وهو اجازته الزيادة على الثلث .

ولما كان حكم الاصل عدم تملك هباته الا من جهته ، كان حكم الفرع كذلك فلا يتملك الزائد على الثلث الا بتبرعه به هو أيضا لذلك .

فان احتجوا : بقوله صلى الله عليه وسلم : (لا وصية لوارث الا أن يجيز الورثة)[١٠] .

قلنا : يحتمل أن يكون معناه الا أن يهب الورثة[١١] ، فان الهبة تسمى اجازة ، ولهذا يقال لعطاء السلطان الجوائز .

قالوا : تصرف صادف ملكه[١٢] ، وانما تعلق به حق الفسخ[١٣] ، فاذا

---

(١٠) رواه الدارقطني جـ٤ ص ٩٨ كتاب الفرائض ، رقم / ٩٣ عن عمرو ابن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي صلى الله عليه وسلم قال في خطبته يوم النحر : لا وصية لوارث الا أن يجيز الورثة . أهـ . وفي سنده سهل بن عمار .
قال الزيلعي : سهل بن عمار كذبه الحاكم . أهـ النصب جـ٤ ص ٤٠٤ .
ورواه الدارقطني أيضا جـ٤ ص ٩٧ رقم / ٨٩ عن ابن عباس مرفوعا بلفظ : لا تجوز الوصية لوارث الا أن يشاء الورثة . أهـ من طريق عطاء الخراساني عن ابن عباس ، وعطاء لم يدرك ابن عباس ، لكن قال عبد الحق في كتابه الأحكام : وقد وصله يونس بن راشد فرواه عن عطاء عن عكرمة عن ابن عباس ،
ثم نقل عن ابن القطان قوله : يونس بن راشد قاضي خراسان ، قال أبو زرعة : لا بأس به ، وقال البخاري : كان مرجئا . أهـ .
قال في التعليق المغني : وكأن الحديث عنده حسن . أهـ . جـ٤ ص ٩٧ ، هامش رقم / ٧٣ .

(١١) أي مازاد على الثلث .

(١٢) لأن المال كله له ، أي للمورث .

(١٣) أي للورثة .

اسقط الوارث حقه من الفسخ صار[14] كالثلث ، الذى لا حق له فيه.[15]

قلنا : لا نسلم ،[16] بل صادف[17] ملك غيره ، اذ لا حق له[18] فيما زاد على الثلث ، ويخالف الثلث ، فانه ماله ،[19] ولهذا لا يعتبر من ثلث الوارث ، وما زاد يعتبر من ثلثه.[20]

* مسألة (٣٣٢) : اذا باع فى مرضه[1] شيئا من الوارث بثمن المثل[2] جاز ./ ١٨٦ش.

---

(١٤) أى مازاد على الثلث .

(١٥) أى فتصح الوصية به ، ويكون الورثة منفذون وممضون لها .

(١٦) أى بأنه تصرف صادف ملك المورث .

(١٧) فى نسخة ((ب)) : بل صار صاحب ملك غيره . / وهو غير واضحة كما ترى .

(١٨) أى للمورث .

(١٩) لأن الشرع أذن للمورث بالتصرف فيه .
أى وبهذا الفارق بين الاصل والفرع يبطل قياسهم المذكور.

(٢٠) أى الوارث ، فلا يصح تصرف المورث فيه .

(١) أى المخوف ، وهو كل مايستعد الانسان بسببه لما بعد الموت ، كالاسهال أو القبض الشديدين ، وكذا الرعاف الدائم والحمى المطبقة أو جراحة انفذت مقتلا وغير ذلك .
انظر مغنى المحتاج جـ٣ ص ٥١ .

(٢) الوجيز جـ١ ص ٢٧١ .

وبجواز تصرف من كان مريضا مرض الموت مطلقا يقول ابن حزم ، انظر المحلى : جـ٩ ص ٢٠٣ . فى كتاب الحجر .
ولم أقف على قول المالكية والحنابلة .

وقال أبو حنيفة : لا يجوز.[٣]

لنا : هو انه[٤] عقد يلزم من رأس المال مع الأجنبى[٥]؛ فجاز مع الوارث ، كالبيع فى حال الصحة[٦] ولانه لو تزوج ابنة عمه وهى وارثة عندهم[٧] على مهر مثلها ، جاز[٨]، فكذلك اذا باع منها بثمن المثل[٩].

قالوا : المنع[١٠] فى حق الوارث يتعلق بعين المال[١١]، ولهذا لا يجوز

---

(٣) خلافا للصاحبين .
انظر المبسوط جـ٢٨ ص ٧٩ .

(٤) أى البيع المذكور .

(٥) فى نسخة ((ب)) : فى حال القوة .

(٦) الجامع فى القياس المذكور هو ان كلا عقد يلزم من رأس المال مع الأجنبى ، اما الاصل فهو البيع فى حال الصحة ، واما الفرع فهو البيع فى حال المرض المخوف .

ولما كان حكم الاصل الصحة ، كان حكم الفرع كذلك ، فيجوز بيع المريض من الوارث بثمن المثل أيضا لذلك .

(٧) أى على جهة التعصيب .

(٨) انظر مجمع الأنهر جـ٢ ص ٧٥٣ .

(٩) حيث يصح بيعه اذن .

(١٠) أى منع المريض مرضا مخوفا من البيع من الوارث .

(١١) وذلك خوفا من محاباته له فى الثمن ، فيذهب على باقى الورثة بعض حقهم فى ذلك المال .

أن يبيع (١٢) منه الثلث ولا ان يهبه بالثلث وان كان يملك صرفه (١٣) الى الأجانب ، وقد خصه (١٤) هذا المعنى (١٥) ، فوجب أن لا يجوز. (١٦)

قلنا : لأن فى صرف الثلث اليه ايثارا وميلا (١٧) ، وليس فى البيع بعوض المثل (١٨) هذا المعنى ، فوجب أن يجوز.

* مسألة (٣٣٣) : يملك الموصى له بالقبول فى أحد الأقوال ، وفى الثانى : موقوف فان قبل تبين انه ملك بالموت ، وان ردّ تبين انه لم يملك ، وفيه قول ثالث : انه يملك (١) بالموت. / ١٨٦ ش.

---

(١٢) فى الاصل : ولهذا لا يجوز بالثلث وان كان . . . الخ . وما أثبتناه من نسخة ((ب)) أوضح .

(١٣) أى ثلث المال .

(١٤) أى الوارث .

(١٥) وهو تعلق حق الوارث بعين المال المبيع .

(١٦) أى أن يباع الوارث شيئا من مال المورث المريض.

(١٧) أى فيحرم ، لما فيه من اثارة الحقد بين الورثة .

(١٨) فى نسخة ((ب)) : بعوض بمثل . / وهو تحريف .

(١) وفائدة هذا الخلاف تظهر فى غلة الموصى به ، الحادثة بعد الموت وقبل القبول .

ومحل هذا الخلاف هو ما اذا وصى لمعين ، والا بان أوصى لجهة كالمساكين أو الفقراء فلا يشترط القبول أصلا .

واظهر الأقوال انه موقوف .

انظر: المنهاج ص ٩٠ . الوجيز جـ١ ص ٢٧٤.

وقال أبو حنيفة : يدخل بالموت فى ملك الوارث ، فاذا قبل انفسخ ملك الوارث ودخل فى ملك الموصى له .(٢)

فالدليل(٣) على أنه يملك بالموت : انه مال لا يستحق الا بالموت ، فأشبه الميراث ،(٤) ولأن الميت لا يجوز أن يملك(٥) ولا الوارث ، لأن الارث تقدم عليه الوصية ، فثبت انه للموصى له .(٦)

---

(٢) خلافا لزفر حيث ذهب الى أنه يملك بالموت كالميراث بجامع ان كلا خلافة.
انظر: الهداية جـ٩ ص٣٥٧ . التبيين جـ٦ ص١٨٤ . مجمع الأنهر: جـ٢ ص٦٩٣ .
وبدخول الموصى به فى ملك الموصى له بالقبول بعد الموت ، يقول الحنابلة أيضا :
انظر: شرح المنتهى جـ٢ ص٥٤٣ . كشاف القناع جـ٤ ص٣٨١ . وذكر فى المغنى جـ٦ ص١٥٦ قولا آخر بالوقف .
وهو قول المالكية أيضا وقيل: هو موقوف .
انظر: الشرح الكبير جـ٤ ص٤٢٤ . الجواهر جـ٢ ص٣١٧ . شرح المنح : جـ٤ ص٦٤٥ .
ولم أقف على قول ابن حزم فى هذه المسألة .

(٣) فى نسخة ((ب)) : والدليل .

(٤) حيث ينتقل الى الوارث بموت المورث ، ولا يتوقف على قبول الوارث.
بجامع ان كلا مال لا يستحق الا بالموت ، اما الاصل فالميراث واما الفرع فالوصية ،
ولما كان حكم الاصل انتقاله للوارث بالموت ، كان حكم الفرع كذلك فينتقل الموصى به الى الموصى له بالموت أيضا لذلك .

(٥) فى نسخة ((ب)) : لا يجوز ان يملك بعد الموت ، ولا الوارث .

(٦) أى بمجرد الموت .

قالوا : عقد فيه ايجاب وقبول ، فلا يملك فيه قبل القبول ، كالبيع والهبة .(٧)

قلنا : هناك(٨) لا يلزم قبل القبول ، وهاهنا(٩) يلزم قبل القبول ، فجاز أن يملك قبله .(١٠)

* مسألة (٣٣٤) : اذا مات الموصى له قام وارثه مقامه فى القبول(١) ٠/١٨٦ ش .

---

(٧) حيث لا ينتقل الملك فيهما الا بالقبول .
بجامع ان كلا عقد فيه ايجاب وقبول ، اما الاصل فالبيع والهبة ، واما الفرع فالوصية .
ولما كان حكم الاصل اشتراط القبول فى انتقاله ، كان حكم الفرع كذلك فيشترط القبول فى انتقال الموصى به الى الموصى له بعد الموت أيضا لذلك .

(٨) أى فى البيع والهبة .

(٩) أى فى الموصى به .

(١٠) أى قبل القبول .
أى وبثبوت هذا الفارق بين الاصل والفرع يبطل قياسكم المذكور .

(١) ومحله اذا مات الموصى له بعد موت الموصى وقبل القبول ، والا بان مات قبل موت الموصى بطلت الوصية قطعا .
الأم جـ٤ ص ٩٧ . الوجيز جـ١ ص ٢٧٣ . المنهاج ص ٩٠ .
وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى جـ٢ ص ٥٤٥ . كشاف القناع جـ٤ ص ٣٨٣
وذكر فى المغنى جـ٦ ص ١٥٥ وجها آخر قال به عبدالله بن حامد ان الوصية تبطل بموت الموصى له .

وقال أبو حنيفة : يملك الوارث [٢] بموته [٣] .

لنا : هو انه وصية لمعين ، فلا يلزم [٤] دون القبول [٥] ، كما لو لم يمت [٦] ، ولأن الوارث يملك من جهته [٧] ، فلا يجوز أن يملك مالم يملكه [٨] .

---

(٢) أى وارث الموصى .

(٣) أى فتبطل وصيته فى القياس ، وفى الاستحسان لا تبطل .
انظر : الهداية جـ٩ ص ٤١٠ . التبيين جـ٦ ص ١٨٤ . مجمع الأنهر : جـ٢ ص ٧١٥ .
وبه يقول المالكية أيضا :
انظر : القوانين ص ٤٣٩ . حاشية الدسوقى جـ٤ ص ٤٣٥ . ارشاد السالك جـ٣ ص ٢٨٤ .
وببطلان الوصية بموت الموصى له فى حياة الموصى يقول ابن حزم ايضا .
انظر المحلى جـ١٠ ص ٤٣٤ .

(٤) فى نسخة ((ب)) : فلا يلزم ذلك قبل القبول .

(٥) أى من الموصى له .

(٦) أى فى حياة الموصى ، حيث يستحق الموصى به .
بجامع الوصية لمعين ، فى كل من الاصل وهو مالو لم يمت الموصى له فى حياة الموصى والفرع وهو مالو مات فى حياته .
ولما كان حكم الاصل استحقاقه الموصى به ، كان حكم الفرع كذلك فيستحق الموصى به ايضا ويقوم وارثه مقامه فيه أيضا لذلك .

(٧) أى من جهة الموصى له .

(٨) زاد فى نسخة ((ب)) : مالم يملكه مورثه . / أى والحال ان المورث يملك القبول ، فملك الوارث ذلك بعده .

قالوا : خيار تملك فلا يورث كالقبول فى البيع.(٩)

قلنا : يبطل بالرد بالعيب ،(١٠) ثم نقلب فنقول : فلا يقع الملك بالموت كخيار القبول ،(١١) لأن خيار القبول(١٢) يبطل بالتأخير ، وهذا(١٣) لا يبطل.(١٤)

---

(٩) حيث اذا مات المشترى قبل القبول لم يملك الورثة القبول عنه بعده .
بجامع خيار التملك فى كل من الاصل وهو القبول فى البيع ، والفرع وهو القبول فى الوصية .
ولما كان حكم الاصل عدم تملكه بالارث ، كان حكم الفرع كذلك فلا يملك الورثة قبول الوصية بعد موت الموصى له أيضا لذلك .

(١٠) أى فان الورثة يملكونه بعد موت مورثهم وهو المشترى هنا .

(١١) حيث لا يسقط بموت المشترى .
بجامع ان كلا خيار تملك ، اما الاصل فخيار القبول واما الفرع فالقبول فى الوصية .
ولما كان حكم الاصل عدم سقوطه بالموت ، كان حكم الفرع كذلك فلا يسقط حق الموصى له بالموت ، بل يقوم وارثه مقامه فى القبول أيضا لذلك .

(١٢) أى فى البيع .

(١٣) أى القبول فى الوصية .

(١٤) بتأخيره عن موت الموصى . لأن الفور انما يشترط فى العقود الناجزة التى يعتبر فيها ارتباط الايجاب بالقبول ، اذ لو اعتبر لاعتبر عقب الايجاب .
انظر مغنى المحتاج جـ٤ ص ٥٣ والمراد : ابطال قياسهم باثبات الفارق بين الاصل والفرع فيه .

* مسألة (٣٣٥) : اذا وصى من لا وارث له بجميع ماله ، بطلت الوصية فيما زاد[1] على الثلث ٠/ ١٨٦ ش٠

وقال أبو حنيفة : لا يبطل[2] .

لنا : أنّ لماله مصرفا[3] حكميا ، فلا تنفذ وصيته[4] فيما زاد على الثلث ، كما لو كان له ورثة[5] .

---

(١) شرح المحلي جـ٣ ص ١٦١٠

وهو قول المالكية : المنتقى جـ٦ ص ١٥٦٠ حاشية الدسوقي : جـ٤ ص ٤٢٧ . بداية المجتهد جـ٢ ص ٣٦٣٠

واليه ذهب ابن حزم أيضا : المحلى جـ١٠ ص ٤٢٥٠

(٢) لسان الحكام ص ٤١٧٠

وهو قول الحنابلة أيضا :

انظر: شرح المنتهى جـ٢ ص ٥٤٠ . كشاف القناع جـ٤ ص ٣٧٥ . وذكر في المغنى جـ٦ ص ٢٢٠ عن أحمد رواية أخرى انه لا يجوز فيما زاد على الثلث كما لو ترك وارثا .

(٣) فى نسخة ((ب)) : تصرفا حكميا .

(٤) فى نسخة ((ب)) : فلا ينفذ تصرفه .

(٥) حيث لا تنفذ وصيته فيما زاد على الثلث .

بجامع ان لماله مصرفا حكميا فى كل من الاصل وهو مالو كان للموصى ورثة ، والفرع وهو مالو لم يكن له ورثة .

ولما كان حكم الاصل عدم جواز الوصية بما زاد على الثلث فيه ، كان حكم الفرع كذلك، فلا يجوز الزيادة على الثلث فيه أيضا لذلك .

فان قيل : لأن في الأصل (٦) يدخل عليهم الضرر ، ولا ضرر هاهنا (٧) على أحد .

قيل : يبطل بمن مات عن درهم وله جماعة ورثة (٨) ، ولأن له من يعقله (٩) ، فلا يوصي بما زاد على الثلث ، كما لو كان له موالي (١٠) وأعمام (١١) ، ولأن المسلمين ورثته (١٢) .

---

(٦) وهو حال ماإذا كان للموصي ورثة .

(٧) أي في حال انعدام الوارث.

(٨) حيث لا يجوز له الوصية بذلك الدرهم وإن كان لا يدخل به الضرر على الورثة ومحله مالم يأذنوا به .

(٩) أي يدفع عنه الدية ، فكانوا أولى بميراثه من الأجنبي ، عملا بقاعدة : الغنم بالغرم .

(١٠) في نسخة ((ب)) : كما لو كان له أموال وأغنام ./ وهو تحريف .

(١١) حيث لا يجوز له الوصية بجميع ماله مع وجودهم .
بجامع وجود من يعقل الموصي ، في كل من الاصل وهو مالو كان له أعمام وموالي ، والفرع وهو مالم لو يكن له وارث .
ولما كان حكم الاصل عدم جواز الزيادة عن الثلث في الوصية مع وجودهم كان حكم الفرع كذلك فلا يجوز له الوصية بالزيادة عن الثلث مع عدم الوارث أيضا لذلك .

(١٢) في الأصل : ولأن المسلمين الأقارب ./ وهاهنا سقط ، والصواب ماأثبتناه من نسخة ((ب)) . فيكون المعنى: انه وان لم يكن له وارث خاص أي قريب ، فان له وارث عام وهو جماعة المسلمين . فلا يجوز له الوصية بجميع ماله لذلك .

بدليل قوله صلى الله عليه وسلم[(١٣)] : انا وارث من لا وارث له اعقل عنه وارثه[(١٤)] ، فأشبه الأقارب .[(١٥)]

قالوا : ليس لماله مستحق معين ، فوضع ماله حيث شاء ، كالصحيح .[(١٦)]

---

(١٣) من قوله (بدليل) الى قوله (فأشبه الأقارب) ساقط من الأصل .

(١٤) رواه أبو داود جـ٣ ص ١٢٣ كتاب الفرائض ، باب في ميراث ذوي الأرحام رقم/ ٢٨٩٩ عن المقدام قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : من ترك كلا فالي ، وربما قال : الى الله والى رسوله ومن ترك مالا فلورثته ، وانا وارث من لا وارث له اعقل له وارثه ، والخال وارث من لا وارث له يعقل عنه ويرثه . أهـ وسكت عنه .
لكن نقل فيه البيهقي جـ٦ ص ٢١٥ عن يحيى بن معين انه كان يبطل حديث الخال وارث من لا وارث له ، يعني حديث المقدام وقال : ليس فيه حديث قوى ،
ثم قال البيهقي : وروى من وجه آخر اضعف من ذلك . أهـ .
ورواه ابن ماجه جـ ٢ ص ٨٧٩ كتاب الديات ، باب الدية على العاقلة فان لم يكن عاقلة ففي بيت المال رقم/ ٢٦٣٤ .

(١٥) حيث لا يجوز له الوصية بجميع ماله مع وجودهم .
بجامع ان كلا وارث ، اما الاصل فهو مالو كان له أقارب ، واما الفرع فهو مالو لم يكن له أقارب يرثونه .
ولما كان حكم الاصل عدم جواز الوصية بالزيادة على الثلث مع وجودهم ، كان حكم الفرع كذلك فلا يجوز له الوصية بما زاد عليه مع عدم وجودهم أيضا لذلك .

(١٦) حيث يجوز له وضع ماله حيث شاء .
بجامع انعدام المستحق المعين ، في كل من الاصل وهو الصحيح ، والفرع وهو المريض الذي لا وارث له . =

قلنا : المسلمون يستحقونه (١٧) وهم معيّنون ، ولانه وان لم يكن له مستحق معين الا أن له (١٨) جهة معينة ، والجهة المعينة كالمستحق المعين، (١٩) بدليل أن الدين الثابت لكل واحد منهما (٢٠) يتبع الوصية ، (٢١) وكذلك (٢٢) الاستحقاق، ويخالف الصحيح ، فانه ليس لماله مصرف مستحق فوضع ماله حيث شاء .

قالوا : الموصى له شريك الوارث ، ثم الوارث يرث بعض المال عند المزاحمة وجميعه عند عدم المزاحمة ، فكذلك الموصى له. (٢٤)

= ولما كان حكم الاصل جواز تبرعه بكل ماله فى حال الصحة ، كان حكم الفرع كذلك فيجوز له الوصية بكل ماله فى حال المرض المخوف أيضا لذلك .

(١٧) فى نسخة ((ب)) : يستحقون ماله .

(١٨) فى نسخة ((ب)) : الا انه جهة معينة .

(١٩) أى فى وجوب صرف ما تستحقه اليها .

(٢٠) أى المستحق المعين ، والجهة المعينة .

(٢١) أى فتقدم الوصية على الدين فى التركة .

(٢٢) فى نسخة ((ب)) : فكذلك .

(٢٣) أى المعين ، وهو الوارث المعين أو الجهة المعينة .
فان وجوده أى الاستحقاق يمنع من الوصية بما زاد على الثلث وان لم يكن له وارث معين .

(٢٤) أى فيرث جميع المال عند عدم مزاحمة الغير له فيه .
بجامع الشركة بينهما فى كل من الاصل وهو الوارث ، والفرع وهو الموصى له .
ولما كان حكم الاصل انفراده بالمال عند عدم مزاحمة الغير له فيه ، كان حكم الفرع كذلك فيأخذ الموصى له جميع المال عند عدم المزاحمة أيضا لذلك .

قلنا : الوارث الذى له سهم مقدر يدفع اليه سهمه،(٢٥) ثم الباقى لبيت المال ،فكذلك الموصى له لما(٢٦) جعل له الثلث ،(٢٧) وجب أن يدفع اليه ، ويجعل الباقى(٢٨) لبيت المال(٢٩) .

* مسألة (٣٣٦) : اذا وهب ثم وهب أو أعتق ثم أعتق(١) قدم الأولى(٢) منهما(٣) . / ١٨٧ى.

---

(٢٥) أى من التركة .

(٢٦) سقط لفظ (لما) من الأصل .

(٢٧) أى بحكم الشرع ، حيث لا يجوز له الوصية بما زاد على الثلث.

(٢٨) فى نسخة ((ب)) : فى بيت المال .

(٢٩) فصح انه لا يجوز له الوصية بما زاد على الثلث وان لم يكن له وارث.

(١) وصورته : ان يهب شيئا لرجل ثم يهبه لآخر ،فهل يكون هذا رجوعا عن الهبة الأولى ،أم لا .

(٢) فى نسخة ((ب)) : الاول منهما .

(٣) ومحله اذا ضاق الثلث عن استيعابهما معا .
وقد نص القليوبى على أن هذا هو المعتمد فى المذهب . انظر قليوبى جـ٣ ص ١٦٢ .
انظر: مغنى المحتاج جـ٤ ص ٤٨ : اجتمع تبرعات منجزة كأن اعتق ووقف وتصدق ، قدم الأول منها ،فالأول ،حتى يتم الثلث.أهـ
وانظر الوجيز جـ١ ص ٢٧٣ ، وقد اقتصر فى الأم جـ٤ ص ١٤٥ على القول الآخر وهو ان الموهوب المذكور يجعل بينهما نصفين .

وقال أبو حنيفة : لا يقدم.(٤)

لنا : انهما عطيتان منجزتان معتبرتان من الثلث . عجز الثلث عنهما ، فقدم الأولى(٥) منهما ، كما لو باع وحابى(٦) ثم وهب ،(٧) ولانه(٨) عطية لا يملك

---

(٤) أى بل يشتركان فيه على السواء .
الهداية جـ٩ ص ٣٦٧ . التبيين جـ٦ ص ١٨٧ . مجمع الأنهر جـ٢ ص ٦٩٥ .
وهو قول الحنابلة أيضا :
انظر: شرح المنتهى جـ٢ ص ٥٤٥ . كشاف القناع جـ٤ ص ٣٨٦ . المغنى : جـ٦ ص ١٨٦ .
واليه ذهب المالكية ، خلافا لاشهب . وقيل: تكون للأول وقيل: للثانى .

انظر: الشرح الكبير جـ٤ ص ٤٢٩ وحاشية الدسوقى عليه . القوانين ص ٤٤٠ .
شرح المنح جـ٤ ص ٦٥٤ .
وبالمحاصة والاشتراك يقول ابن حزم أيضا : أنظر المحلى جـ١٠ ص ٤٥٣ .
(٥) فى نسخة ((ب)) : الأول .
(٦) أى فى البيع ، بان باع ماقيمته الف بمائة مثلا .
(٧) حيث يقدم البيع عليها .
بجامع ان كلا عطيتان منجزتان ضاق الثلث عنهما ، فى كل من الأصل وهو مالو باع وحابى ثم وهب . والفرع وهو مالو وهب ثم وهب أو اعتق ثم أعتق .
ولما كان حكم الاصل تقديم البيع على الهبة ، كان حكم الفرع كذلك فيقدم الأول منهما أيضا لذلك .
(٨) فى نسخة ((ب)) : ولانها .

الرجوع فيها ، فلا يملك مزاحمتها بغيرها، اصله (٩) ماذكرناه. (١٠)

قالوا : عطيتان من جنس واحد ، فأشبه الوصيتين. (١١)

قلنا : وان استويا فى الجنس الا انهما اختلفا فى السبق ، فقدم السابق منهما ، بخلاف الوصيتين ، فانهما يتنجزان بالموت ، فاستويا (١٢) ، ولأن هناك (١٣) يملك (١٤) الرجوع فيها ، فملك الرجوع فى بعضها بالمزاحمة (١٥) ، وهاهنا (١٦) لا يملك (١٧) .

---

(٩) أى دليله .

(١٠) وهو قياسه على مالو باع وحابى ثم وهب.
بجامع ان كلا عطية لا يملك الرجوع فيها ، اما الاصل فما لو باع وحابى ثم وهب ، واما الفرع فهو مالو وهب ثم وهب أو اعتق ثم أعتق .
ولما كان حكم الاصل انفراد الأول بها دون الثانى ، كان حكم الفرع كذلك فيقدم الأول فيه أيضا لذلك .

(١١) حيث اذا اوصى لرجل ثم اوصى له أو لغيره نفذت الوصيتان .
بجامع ان كلا عطيتان من جنس واحد ، اما الاصل فالوصيتان لشخص واحد ، واما الفرع فالهبة لشخص ثم الهبة لآخر .
ولما كان حكم الاصل التسوية بينهما كان حكم الفرع كذلك فيشترك الموهوب لهما فى الموهوب أيضا لذلك .

(١٢) أى وبهذا الفارق يبطل قياسهم المذكور.

(١٣) أى فى الوصية .

(١٤) أى الموصى .

(١٥) وذلك فيما اذا اشرك مع الموصى له غيره ، وضاق الثلث عنهما .

(١٦) أى فى الهبة اذا قبضها والعتق .

(١٧) أى وهذا فارق آخر يبطل به قياسهم الهبة والعتق على الوصية .

* مسألة (٣٣٧) : اذا اعتق ثم حابا[(١)]، قدم العتق[(٢)]. / ١٨٧ ى.

---

(١) المحاباة : المسامحة ، مأخوذة من قولك : حبوته : اذا اعطيته ، تقول : حباه يحبوه حبوة بالفتح اذا اعطاه .
والمصدر منه : الحباء ، بكسر المهملة .
انظر: المصباح جـ١ ص ١٣٠ . المختار ص ١٢١ .
والمحاباة في البيع هي البيع بأقل من ثمن المثل ، كأن يبيع ما قيمته ألف بمائة . وغالبا ما يكون الدافع اليها الشفقة على المشترى .
وصورة المسألة : ان يعتق عبدا يساوى الفا ، ثم يبيع في مرضه عبدا يساوى الفين من رجل بألف ، ولا مال له سواهما .

(٢) ومحله: اذا ضاق الثلث عن الوفاء بالعتق والمحاباة .
وهذا الذى ذكره المصنف هنا هو احد القولين ، وثانيهما يسوى بينهما ، كما نص على ذلك في التنبيه ص ٩٥ : وان كان فيها - أى وصيته - عتق وغير عتق ، ففيه قولان ، احدهما يقدم العتق ، والثاني يسوى بين الكل .أهـ
وفي المهذب جـ١ ص ٤٥٤ : وان كان بعضها عتقا وبعضها محاباة أو هبات ففيه قولان ، احدهما : ان الثلث يقسم بين الجميع لان الجميع يعتبر من الثلث ويلزم في وقت واحد ، والثاني : يقدم العتق بماله من القوة .أهـ
ولم يرجح أحد القولين على الآخر أيضا .
وذكر النووى القولين أيضا دون ترجيح ، انظر المنهاج ص ٩٠ عند قوله : واذا اجتمع تبرعات متعلقة بالموت وعجز الثلث . . . الخ . . وكذا في شرح المحلى جـ٣ ص ١٦٢ ونهاية المحتاج جـ٦ ص ٥٦ ، ومغنى المحتاج : جـ٣ ص ٤٨ لم يصرحوا بالأرجح منهما .
وهو احدى ثلاث روايات عن الحنابلة ، ثانيتها : انهما سواء . ثالثها : يقدم الأول فالأول ، أى عتقا كان أو غيره . =

وقال أبو حنيفة : هما سواء.(٣)

لنا : مامضى فى المسألة قبلها.(٤)

قالوا : للعتق قوة السبق ، وللمحاباة قوة وهو انه حق الادمى ،فأستويا .

قلنا : بل العتق اقوى لانه يجمع حق الله عز وجل ، وحق الآدمى ، وله تغليب وسراية(٥) واذا وقع لا يلحقه الفسخ . وعلى انه وان كان حق الادمى اقوى الا أن العتق سبقه بالاستحقاق(٦) فلا يؤثر فيه قوة مابعده(٧) .

= انظر: المحرر جـ١ ص ٣٨١ . المغنى جـ٦ ص ١٩٣ والتى تليها . الا أن التسوية هى المذهب ، انظر شرح المنتهى جـ٢ ص ٥٤١ ،كشاف القناع : جـ٤ ص ٣٧٧ .

وهو قول ابن حزم لانه يوجب البداءة بما بدأ به الموصي حتى نفاذ الثلث، انظر المحلى جـ١٠ ص ٤٥٣ .

(٣) خلافا للصاحبين ، حيث قدما العتق .

انظر : الهداية جـ٩ ص ٣٩٠ـ التبيين جـ٦ ص ١٩٦ . مجمع الأنهر: جـ٢ ص ٧٠٦ .

وبالتسوية يقول المالكية أيضا :

انظر: القوانين ص ٤٤٠ .

(٤) يعنى من قوله هناك : لنا انهما عطيتان . . . الى قوله : اصله ماذكرناه .

(٥) مأخوذ من قولهم : سرى الجرح الى النفس اذا دام المه ، الى أن حدث منه الموت ، انظر المصباح جـ١ ص ٢٩٥ .

وكذا العتق اذا وقع فان له قوة الاستمرار حتى يحصل الانفكاك من الرق .

(٦) اذ هو حق الله تعالى ، وقد سبق المحاباة فقدم عليها وان كانت أقوى منه .

(٧) وهو المحاباة .

* مسألة (٣٣٨) : اذا وصى[١] بان يعتق عنه عبد بمائة[٢] فنقص الثلث عن المائة[٣] اشترى عبد بما يوجد[٤] ./١٨٧ى.

---

(١) فى نسخة ((ب)) : اوصى .

(٢) فى نسخة ((ب)) : عند تمامه ./ وهو تصحيف.

(٣) بان كان دون ثلاثمائة دينار أو درهم .

(٤) زاد فى نسخة ((ب)) : بما يوجد فى المال ./ أى بما يعادل ثلث ماله ، لانه هو المأذون به شرعا . فلا يشترى بأكثر منه ، أو بعض الرقبة .

انظر المسألة فى : عميرة جـ٣ ص ١٦٧ قال : اما لو لم يسع الثلث سوى شقص - أى بعض العبد - فقط ، فلا يشترى قطعا ، قاله الزركشى ، - قال - : ثم وجه امتناع شراء الشقص كونه لا يسمى رقبة . أهـ.

وهو قول الحنابلة أيضا :

انظر: المغنى جـ٦ ص ٢٢٦ . نصا . وفى شرح المنتهى جـ٢ ص ٥٤١ : ومن لم يف ثلثه بوصاياه ادخل النقص على كل من الموصى لهم بقدر وصيته وان كانت وصية بعضهم عتقا . أهـ وانظر كشاف القناع : جـ٤ ص ٣٧٧ أيضا .

وذهب المالكية الى وجوب عتقه ولو بتشريك آخرين فى تحصيل ثمن العبد ، وعتقه ان وجد من يشارك فى الشراء ، والا دفع المبلغ الموصى به فى اعانة مكاتب على دفع آخر نجم عليه لسيده .

انظر: الجواهر جـ٢ ص ٣٢٢ . الشرح الكبير جـ٤ ص ٤٣٨ . شرح المنح : جـ٤ ص ٦٦٧ .

وقال أبو حنيفة : بطلت الوصية.(٥)

لنا : ان كل وصية وجب انفاذها اذا احتملها الثلث ، فاذا عجز عنها الثلث وجب انفاذ(٦) ما احتمله الثلث ، كما لو وصى له بمائة أو بحج عنه بألف من بلده.(٧)

قالوا : من أمر بشراء عبد بمائة لم يجز ان يشترى بما دونه ، كالوكيل.(٨)

قلنا : يبطل بمسألة الحج(٩) أو بمن(١٠) قال : اشتر عبدا بألف ، فاشترى عبدا يساوى ألفا بخمسمائة.(١١)

---

(٥) خلافا للصاحبين .
انظر: الهداية جـ٩ ص ٣٩٢ . التبيين جـ٦ ص ١٩٧ . مجمع الأنهر: جـ٢ ص ٧٠٧ .
ولم أقف على قول ابن حزم فى هذه المسألة .

(٦) فى نسخة ((ب)) : وجب انفاذها احتملها الثلث أم لا .

(٧) حيث اذا عجز الثلث عن المائة بأن كان المال كله اقل من ثلاثمائة ، او عجز عن الألف بأن كان اقل من ثلاثة الاف ، فانه ينفذ من ذلك مايحتمله الثلث فقط .

(٨) فى نسخة ((ب)) : كما لو كمل ./ وهو تحريف .
والمراد: ان الوكيل لا يجوز له الشراء بأقل مما وكل به ، فكذلك فى الوصية بعتق عبد بمائة .

(٩) حيث يجب أن يحج عنه بما يبلغه الثلث ، ان كان الالف أكثر من الثلث . كما هو مذهب الحنفية أيضا . انظر الهداية جـ٩ ص ٣٩٢ .
وانظر المنهاج ص ٩٠ .

(١٠) فى نسخة ((ب)) : وان قال .

(١١) حيث يصح شراؤه ، وان كان بأقل مما وكله به صاحب المال .

* مسألة (٣٣٩) : اذا قضى المريض بعض الغرماء لم يكن للباقين محاصته (١) على ظاهر النص . ومن أصحابنا من قال : لهم ذلك (٢) . / ١٧٨ ى .
وهو قول أبى حنيفة (٣) .

لنا : انه (٤) حق واجب فأستوى فيه الصحة والمرض ، كالاقرار بالنسب (٥) .

---

(١) الضمير عائد الى ذلك البعض من الغرماء .

والمحاصة بضم الميم فحاء مهملة فألف ثم صاد مهملة ، هى المشاركة .
تقول : تحاص الغرماء ، اذا اقتسموا المال بينهم حصصا . انظر المصباح جـ١ ص ١٥٠ .

(٢) ومحله : اذا لم تف التركة بسائر الديون .

وهو أحد وجهين عند الحنابلة أيضا :
انظر المغنى جـ٦ ص ٢٠١ والتى تليها .

واليه ذهب ابن حزم : المحلى جـ١٠ ص ٤٨٢ .

(٣) المبسوط جـ٢٨ ص ٧٨ .
ولم أقف على قول المالكية فى هذه المسألة .

(٤) أى قضاء حق الغريم .

(٥) حيث يصح اقراره به فى الصحة والمرض .
بجامع ان كلا حق واجب ، اما الاصل فالاقرار بالنسب ، واما الفرع فقضاء الغرماء .
ولما كان حكم الاصل صحته فى الصحة والمرض ، كان حكم الفرع كذلك فيستوى فيه الصحة والمرض أيضا لذلك .

ولأن قضاء الدين يعتبر من رأس المال ، فاستوى فيه الصحة والمرض ، كالانفاق على نفسه[(٦)] .

قالوا : تعتبر عطيته من الثلث ، فلم يملك تخصيص بعضهم بقضاء الدين ، كما بعد الموت[(٧)] .

قلنا : لو وصى أن يكفن بالناعم[(٨)] بعد الموت لمنع[(٩)] ، ولو لبس الناعم وأكل الطيب في المرض لم يمنع[(١٠)] .

---

(٦) حيث له الانفاق على نفسه من ماله في حال الصحة وفي حال المرض المخوف .
بجامع الاعتبار من رأس المال ، في كل من الاصل وهو الانفاق على نفسه والفرع وهو قضاء الدين .
ولما كان حكم الاصل صحة الانفاق على نفسه في الصحة والمرض ، كان حكم الفرع كذلك فيجوز له قضاء بعض الغرماء في المرض دون بعض أيضا لذلك .

(٧) حيث يستوى الغرماء في الاقتضاء فيه بعد الموت .
بجامع اعتبار كل من الثلث ، اما الاصل فقضاء حق الغرماء بعد الموت ، واما الفرع فقضاء حقهم في حال المرض المخوف .
ولما كان حكم الاصل وجوب التسوية بينهم في القضاء ، كان حكم الفرع كذلك فلا يجوز تخصيص بعضهم بقضاء حقه دون بعض أيضا لذلك .

(٨) أي من الثياب كالحرير والديباج .

(٩) لما فيه من اضاعة المال بوضعه في غير محله .

(١٠) لما فيه من الفائدة له ، أي فدل ذلك على أن له التصرف في ماله كيف شاء في حياته وان كان مريضا .

قالوا : تعلق حق الغرماء بماله ، فلا يملك ان يخص بعضهم بقضاء الدين ، كالمرهون.(١١)

قلنا : لو كان كذلك لمنع لبس الناعم واكل الطيب ،(١٢) كما يمنع من التصرف(١٣) في المرهون .

* مسألة (٣٤٠) : نفقة العبد الموصى بخدمته على الورثة ، ومن أصحابنا من قال على الموصى له(١) . / ١٨٧ ش.

---

(١١) حيث لا يجوز للراهن تخصيص بعض الغرماء بقضاء ديونهم من المرهون دون بعض.
بجامع تعلق حق الغرماء به في كل من الأصل وهو المرهون والفرع وهو مال المريض .
ولما كان حكم الاصل عدم جواز تخصيص بعضهم بقضاء حقه منه دون بعض كان حكم الفرع كذلك فلا يجوز للمريض تخصيص بعض الغرماء بقضاء حقه دون بعض أيضا لذلك .

(١٢) أى والحال انه لا يمنع ، مع كونه من جملة ماله الذى تعلق به حق الغرماء .

(١٣) فى الاصل (كما يمنع فى المرهون) وماأثبتناه من نسخة ((ب)) أولى .

(١) والأصح منهما انها على الوارث .
ومحل الخلاف هو ماذا اوصى بمنفعة العبد ابدا ، والا بان أوصى بها لمدة معينة فعلى الوارث قطعا .

انظر المنهاج ص ٩١ وشرح المحلي جـ٣ ص ١٧٢ . الوجيز جـ١ ص ٢٧٨ .

وهـــوقول أبى حنيفــــة.(٢)

لنا : هو انه عقد على الخدمة فلا يوجب النفقة على المعقود له ، كالاجارة.(٣)

---

(٢) التبيين جـ٦ ص ١٨٤ . الدر المنتقى جـ٢ ص ٧١٤ . المبسوط جـ٢٧ ص ١٨٦ .

وهو قول الحنابلة أيضا :

انظر: شرح المنتهى جـ٢ ص ٥٦٠ . كشاف القناع جـ٤ ص ٤١٦ . وذكـــر في المغنى جـ٦ ص ١٨٣ والتى تليها رواية اخرى ان النفقة على الورثـة ، الا ان ابن قدامة صحح انها على الموصى له . وزاد فى المحـــــــرر : جـ١ ص ٤٨٦ رواية ثالثة ان نفقة العبد من كسبه .

واما ابن حزم فقد أبطل الوصية بخدمة العبد اصلا ، انظر المحلــــى : جـ١٠ ص ٤٣٥ .

وانظر ص ٣٣٠ فى رده على أبى حنيفة الزام الموصى له بنفقة العبـــد ، فقد قال : ومن اين استحل - أى أبو حنيفة - ان يلزم الموصى لـــــه بالخدمة نفقة غير عبده وكسوته ؟ ان هذا لعجب .أهـ.

ولم أقف على قول المالكية فى هذه المسألة.

(٣) حيث لا يجب على المستأجر نفقة الأجير.

بجامع العقد على الخدمة فى كل من الأصل وهو الاجارة والفرع وهـــــو الوصية بالخدمة ،

ولما كان حكم الاصل عدم وجوب النفقة على المستأجر بعقد الاجـــارة ، كان حكم الفرع كذلك فلا تجب النفقة على الموصى له بخدمة العبـــــــد أيضا لذلك .

قالوا : يملك[٤] المنافع من غير أن يعوض المالك عنها ، فأشبه المكاتب.[٥]

قلنا : يبطل بالمستأجر اذا أبرئ من الاجرة[٦] ، والمكاتب كالخارج من ملكه[٧] وهذا[٨] باق على ملكه.[٩]

* مسألة (٣٤١) : يجوز[١] للموصى له بالخدمة اجارة العبد[٢] . /١٨٧ش.

---

(٤) أى الموصى له بالخدمة .

(٥) باسم الفاعل ، حيث يجب عليه نفقة العبد المكاتب باسم المفعول .
بجامع امتلاك المنافع من غير تعويض المالك عنها ، فى كل من الأصل وهو المكاتب والفرع وهو الموصى له .
ولما كان حكم الاصل وجوب النفقة على المكاتب ، كان حكم الفرع كذلك فتجب النفقة على الموصى له بالخدمة أيضا لذلك .

(٦) أى فانه لا يجب عليه نفقة المؤجر باسم المفعول مع كونه يملك المنافع من غير تعويض للمالك عنها . فبطل جعله علة فى ايجاب النفقة على الموصى له بالخدمة .

(٧) أى ملك السيد .

(٨) أى العبد الموصى بخدمته .

(٩) أى فهذا فارق بين الاصل والفرع يبطل به قياسهم المذكور.

(١) سقط قوله (يجوز) من نسخة ((ب)) .

(٢) الوجيز جـ١ ص ٢٧٧ والتى تليها . المنهاج ص ٩١ وشرح المحلي : جـ٣ ص ١٧١ .
وذكر القليوبى انه لو أوصى له بسكنى الدار فلا يجوز له اجارتها لانها كالعارية والاباحة بخلاف العهد . انظر جـ٣ ص ١٧١ .
وهو قول الحنابلة أيضا الا انهم اجازوا اجارة الدار للموصى له بنفعها =

وقال أبو حنيفة : لا يجـــوز.(٣)

لنا : انه استوجب الخدمة فجاز أن يؤجرها كما لو استأجره.(٤) ولأن ما جاز الاعتياض عليه اذا ملكه بعوض جاز اذا ملكه بالوصية، كالرقبة.(٥)

= انظر: شرح المنتهى جـ٢ ص ٥٦٠ . كشاف القناع جـ٤ ص ٤١٦ . المغنى جـ٦ ص ١٨٣ .

واليه ذهب المالكية واجازوا له اجارة الدار المذكورة أيضا .

انظر: الشرح الكبير جـ٤ ص ٤٤٨ . الجواهر جـ٢ ص ٣٢٤ . شرح المنح : جـ٤ ص ٦٨١ .

(٣) أى وكذلك الدار.

انظر: الهداية جـ٩ ص ٤١١ . حاشية الشلبى جـ٦ ص ٢٠٣ . المبسوط : جـ٢٧ ص ١٨٢ .

وذهب ابن حزم الى بطلان الوصية بخدمة العبد أصلا . انظر المحلى : جـ١٠ ص ٤٣٥ .

وانظر رده على الشافعى فى ص ٤٤١ فقد اعتبر اجازة ذلك تبديلا للوصية .

(٤) حيث يجوز له اجارة المستأجر باسم المفعول .

بجامع استيجاب الخدمة بالعقد فى كل من الاصل وهو مالو استأجـــر العبد ، والفرع وهو مالو أوصى له بخدمة العبد .

ولما كان حكم الاصل جواز اجارته ،كان حكم الفرع كذلك فيجوز للموصى لـه اجارة العبد أيضا لذلك .

(٥) فى الأصل (كالسفقة) والصواب ما أثبتناه من نسخة((ب)) .

حيث اذا ملك رقبة العبد بالشراء ، جاز له اجارتها اذا ملكها بالوصية .

بجامع جواز الاعتياض عنه بعوض ، فى كل من الاصل وهو الرقبة والفـــرع وهو الخدمة . =

قالوا : ملك المنافع من غير عوض (٦) فأشبه المستعير. (٧)

قلنا : المستعير لا يملك (٨)، ثم ينكسر بالغير اذا (٩) وصى له بها (١٠) أو وهب (١١) له فانها ملك من غير عوض ثم يملك بيعه. (١٢)

---

(٦) فى نسخة ((ب)) : من غير عوض كالرقبة ، فأشبه المستعير.

(٧) حيث لا يجوز له اجارة العين المستعارة .

بجامع ان كلا ملك المنافع من غير عوض ، اما الاصل فالمستعير واما الفرع فالموصى له بخدمة العبد .

ولما كان حكم الاصل عدم جواز اجارة العين المعارة ، كان حكم الفرع كذلك فلا يجوز اجارة العبد الموصى بخدمته أيضا لذلك .

(٨) أى العين المعارة. بخلاف العبد الموصى بخدمته مدى الحياة فان الوصية له بها تستلزم ملك رقبته .

(٩) فى نسخة ((ب)) : اذا أوصى .

(١٠) أى رقبة العبد .

(١١) فى نسخة ((ب)) : أو وهبها له ، فانه ملك . . . الخ .

(١٢) فى نسخة ((ب)) : بيعها . / أى الرقبة .

فدل على بطلان التعليل بملك المنافع من غير عوض . لوجود هذه العلة هنا أعنى فى الوصية برقبة العبد أو هبتها ، ثم تخلف الحكم المذكور عنها حيث يملك بيعها مع كونها مملوكة من غير عوض .

* مسألة (٣٤٢) : اذا ركب البحر فتموج[(١)] وخاف الغرق فوهب أو كان في الحرب فالتحمت[(٢)] ووهب ، اعتبر ذلك من رأس المال في أحد القولين[(٣)] ./ ١٨٧ ش.

---

(١) في الأصل ونسخة ((ب)) : فموج . / والصواب ماأثبتناه .

تقول : تموج البحر - بواو مشددة ، اذا - اشتد هياجه واضطرابه ،

ومنه قيل : ماج الناس ، اذا اختلفت أمورهم واضطربت .أهـ

المصباح جـ٢ ص ٢٥٢ .

وفي المختار ص ٦٣٩ : ماج البحر من باب قال ، اضطربت أمواجه .أهـ.

(٢) أي اختلط الفريقان واشتبكا واتصل السلاح بينهما .انظر المصباح : جـ٢ ص ٢١٣ ونهاية المحتاج جـ٦ ص ٦٣

(٣) ذكرهما في الأم جـ٤ ص ١٠٨ . واقتصر في المختصر على القول الثاني وهو اعتبار عطيته من الثلث لان الالتحام مخوف ، انظره ص ١٤٥ .

وذكرهما معا في الوجيز جـ١ ص ٢٧٢ . ونص في المنهاج ص ٩٠ على أن المذهب هو اعتباره مخوفا ، فيكون من الثلث .

وانظر شرح المحلي جـ٣ ص ١٦٤ والتي تليها .

ومحله في الالتحام هو ما اذا كانت الفئتان متكافئتين .

وهو أحد قولين للحنابلة أيضا ، والثاني انه مخوف فيعتبر من الثلث ، انظر المحرر جـ١ ص ٣٧٨ . المغني جـ٦ ص ٢٠٤ والتي تليها .

واما تموج البحر فهو مخوف رواية واحدة . كما في المغني جـ٦ ص ٢٠٥ .

والى صحة تصرفه ونفاذه من رأس المال يقول ابن حزم أيضا ، اذ سوى بين هؤلاء وبين سائر الناس في صحة تصرفهم في أموالهم .

انظر المحلى جـ٩ ص ٢٠٣ .

وقال أبو حنيفة : يعتبر من الثلث.(٤)

لنا : هو انه(٥) صحيح ، فأشبه اذا كان في الحرب ولم(٦) تلتحم(٧)، أو دخلت الحامل في شهر الوضع(٨) أو أسره الكفار.(٩)

---

(٤) لانه والحالة هذه في حكم المريض مرض الموت ، حيث تعتبر وصيته من الثلث .

انظر المبسوط جـ١٢ ص ١٠٢ . اشباه ابن نجيم ص ٢٩٤ . لسان الحكام ص ٤١٧ .

وهو قول المالكية ، خلافا لابن القاسم في راكب البحر المتموج .

انظر: المنتقى جـ٦ ص ١٧٦ . القوانين ص ٣٥١ .

(٥) أي الواهب المذكور.

(٦) في نسخة ((ب)) : فلم .

(٧) أي فان هبته تصح ، وتكون من رأس المال .

(٨) حيث تصح هبتها ، وتعتبر من رأسمالها .

(٩) أي وكانوا ممن لا يقتلون الاسرى كالروم ، فان وهب فان هبته تكون صحيحة ، وتعتبر من رأسماله .

والجامع في القياس المذكور هو سلامة الواهب وصحته ، في كل من الأصل وهو مالو لم تلتحم الحرب أو كانت حاملا في شهر الوضع أو مأسورا لدى الكفار ، والفرع وهو مالو التحم الصفان للقتال أو كان في البحر فتموج .

ولما كان حكم الاصل اعتبار هبته من رأسماله ، كان حكم الفرع كذلك فتعتبر هبته من رأسماله أيضا لذلك .

قالوا : يخاف التلف (١٠) فأشبه المريض . (١١)

قلنا : يبطل بما قسنا عليه . (١٢)

* مسألة (٣٤٣) : اذا اعتقل (١) لسانه فقرئ عليه الوصية ، فأشار (٢) ، صحت (٣) الوصية ٠/١٨٧ش.

---

(١٠) فى نسخة ((ب)) : الثلث ٠/ وهو تحريف.

(١١) أى اذا وهب فى مرضه المخوف ، حيث تعتبر هبته من الثلث .
بجامع الخوف عليه من التلف ، فى كل من الاصل وهو مالو كان مريضا ، والفرع وهو مالو التحم الصفان للقتال أو تموج به البحر.
ولما كان حكم الاصل اعتبار هبته من الثلث ، كان حكم الفرع كذلك فتعتبر هبته اذا التحم الصفان أو ماج البحر من الثلث أيضا لذلك .

(١٢) يعنى مالو لم يلتحم الصفان أو كانت الحامل فى شهر الوضع أو اسره كفار معروفون بعدم قتل الأسير ، حيث تعتبر هبته من الثلث مع خوف التلف منهم .

(١) بوزن افتعل ، من العقل ، وهو الحبس، تقول عقلت الابل اذا شددت وظيفها مع ذراعها بحبل ، تحبسها به عن السير.
واعتقال اللسان يأتى باسم الفاعل وباسم المفعول ، فتقول : اعتقل لسانه عن الكلام ، اذا حبس عنه فلم يقدر عليه . انظر المصباح جـ٢ ص ٧٣ ، والتى تليها .

(٢) أى بالموافقة ، سواء كانت الاشارة باليد أو بايماء الرأس أو نحو ذلك .

(٣) ومحله: اذا فهم اشارته كل احد ، لانها تكون صريحة فى الوصية ، والا بان لم يفهمها الا الفطن من الناس ، اعتبرت من الكناية ، فتفتقر الى معرفة نيته ، وذلك بالاعتراف بها نطقا أو من وارثه . أو كتابة .
انظر : الوجيز جـ١ ص ٢٨٣ . مغنى المحتاج جـ٣ ص ٥٣ . =

وقال أبو حنيفة : لا يصح حتى يؤيس من نطقه.(٤)

لنـــا : ان امامة بنت أبي العاص(٥) اصمتت(٦) فقيل لهــا :

= وانظر التفصيل في نهاية المحتاج جـ٦ ص ٦٥ وحاشية الشبراملسي عليه .

وهو قول المالكية أيضا :

انظر: الشرح الكبير جـ٤ ص ٤٢٣ والتي تليها . الجواهر جـ٢ ص ٣١٧.

شرح المنح جـ٤ ص ٦٤٤ والتي تليها .

(٤) أي وان فهمت عنه .

وعن الامام في ذلك روايتان : احداهما : اذا استمر اعتقال لسانه الى سنة فاكثر اعتبرت اشارته ، والثانية : اذا استمر اعتقاله الى أوان الموت. وعلى الثانية الفتوى .

انظر: مجمع الانهر جـ٢ ص ٧٣٣. الهداية جـ٩ ص ٤٤٧. التبيين : جـ٦ ص ٢١٨. اشباه ابن نجيم ص ٢٩٥.

وهو قول الحنابلة أيضا أي مالم يويس من نطقه وان فهمت عنه .

انظر: شرح المنتهى جـ٢ ص ٥٣٩. كشاف القناع جـ٤ ص ٣٧٢. وذكر في المغني جـ٦ ص ٢١٧ عن ابن عقيل انه خرج في المذهب وجها انه اذا اتصل باعتقال لسانه الموت صحت وصيته . وذكرها في المحرر جـ١ ص ٣٧٦.

ولم أقف على قول ابن حزم في هذه المسألة .

(٥) هي امامة بنت أبي العاص بن الربيع بن عبد العزى بن عبد شمس بن عبد مناف العبشمية ، امها زينب بنت رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وقد ثبت في الصحيحين ان النبي صلى الله عليه وسلم كان يحملها وهي صغيرة على عاتقه وهو يصلي ، فاذا سجد وضعها واذا قام حملها ، تزوجها علي ابن أبي طالب بعد فاطمة ، زوجها اياه الزبير بن العوام ، ثم تزوجها بعده المغيرة بن نوفل بن الحارث ، فولدت له يحيى ، وقيل لم تعقب لا من علي ولا من المغيرة ، انظر الاصابة جـ٤ص ٢٣٦ رقم / ٧٠ والاستيعاب جـ٤ص ٢٤٤.

(٦) في نسخة ((ب)) : تصدقت . / وهو تحريف .

لفلان كذا ولفلان كذا ، فأشارت أى نعم ، فرفع ذلك الى الصحابة ، فرأوا انهـا وصية جائزة .(٧) ولانه غير قادر على النطق فأشبه مابعد الحول .(٨)

قالوا : لم يؤيس من كلامه ، فأشبه الساكت .(٩)

قلنا : ذاك(١٠) قادر وهذا(١١) عاجـز ،(١٢) فقامت الاشارة مقام النطق .

---

(٧) قال ابن حجر : ذكره الشافعى والمزنى عنه - أى عن راوى الحديث - أهـ التلخيص جـ٣ ص ٩٦ رقم / ١٣٨٠ . ولم اهتد الى مكان وجـوده فى الأم ولا فى المختصر .

(٨) حيث تصح اشارته اذا مرّ على اعتقال لسانه قطعا .
بجامع انعدام القدرة على النطق فى كل من الاصل وهو مالو مرّ عليه حول ، والفرع وهو مادون الحول .
ولما كان حكم الاصل صحة اشارته بعد الحول ، كان حكم الفرع كذلك فتصح اشارته قبل الحول أيضا لذلك .

(٩) حيث لا تصح اشارته .
بجامع عدم الايأس من نطقه فى كل من الاصل وهو الساكت ، والفرع وهو معتقل اللسان .
ولما كان حكم الاصل عدم صحة وصيته بالاشارة ، كان حكم الفرع كذلك فلا تصح وصية معتقل اللسان بالاشارة مالم يؤيس منه أيضا لذلك .

(١٠) أى الساكت .

(١١) أى معتقل اللسان .

(١٢) أى وبهذا الفارق بين الاصل والفرع يبطل قياسهم المذكور.

* مسألة (٣٤٤) : لا تصح الوصية الى العبد (١) ./١٨٧ش.
وقال أبو حنيفة : يجوز ان يوصى (٢) الى العبد (٣) .

---

(١) الأم جـ٤ ص ١٢٠ . المختصر ص ١٤٦ . الوجيز جـ١ ص ٢٨٢ . المنهاج : ص ٩١ : وشرط الوصى تكليف وحرية وعدالة وهداية الى التصرف في الموصى به واسلام .أهـ.

(٢) فى نسخة ((ب)) : يجوز أن يوصى الى عبيده اذا لم يكن الذرية فيهم رشيد بالغ .

(٣) ومحله:اذا كان العبد مملوكا للموصى ، وكان الورثة كلهم صغارا .
وهذا عند أبى حنيفة ، خلافا للصاحبين ، وقيل:ان الرواية هنا عن محمد مضطربة ، فتارة مع أبى حنيفة ، واخرى مع أبى يوسف في بطلان الوصية اليه .
انظر: الهداية جـ٩ ص ٤٢٣ . التبيين جـ٦ ص ٢٠٧ . مجمع الأنهر : جـ٢ ص ٧١٩ .
الا أن الشلبى نفى فى حاشيته على التبيين جـ٦ ص ٢٠٧ والتى تليها صحة القول باضطراب الرواية عن محمد فى هذه المسألة واثبت انه مع أبى يوسف قطعا .
وبصحة الوصية الى العبد مطلقا يقول الحنابلة ، سواء كان عبده أو عبد غيره، ومحله:اذا اذن له السيد .
انظر: شرح المنتهى جـ٢ ص ٥٧٤ . كشاف القناع جـ٤ ص ٣٦٤ والتى تليها المغنى جـ٦ ص ٢٤٥ .
واليه ذهب المالكية أيضا ، كقول الحنابلة سواء بسواء .
انظر: الشرح الكبير جـ٤ ص ٤٥٢ . الجواهر جـ٢ ص ٣٢٦ . شرح المنح : جـ٤ ص ٦٨٩ .
ولم أقف على قول ابن حزم فى هذه المسألة .

لنا : هو انه ليس من أهل الشهادة ، فأشبه المجنون ،(٤) أولا يلي على أولاده في المال ، فلا يلي على أولاد(٥) غيره كالمجنون ،(٦) ولانه وصية الى عبد ، فأشبه اذا كان في الورثة كبير.(٧)

---

(٤) فانه لا تصح الوصية اليه .

بجامع ان كلا ليس من أهل الشهادة ، اما الاصل فالمجنون ، واما الفرع فالعبد .

ولما كان حكم الاصل بطلان الوصية اليه ، كان حكم الفرع كذلك فلا تصح الوصية الى العبد أيضا لذلك .

(٥) سقط حرف الدال في (أولاد) من نسخة ((ب)) .

(٦) حيث لا تصح الوصية اليه .

بجامع عدم الولاية على أولاده ، في كل من الاصل وهو المجنون ، والفرع وهو العبد .

ولما كان حكم الاصل عدم جواز ولايته في المال على أولاده ، كان حكم الفرع كذلك فلا تصح الوصية الى العبد أيضا لذلك .

(٧) حيث لا يجوز الوصية الى العبد مع وجود وارث بالغ .

بجامع الوصية الى العبد في كل من الاصل وهو مالو كان مع الورثة كبير ، والفرع وهو اذا لم يكونوا بالغين جميعا .

ولما كان حكم الاصل عدم صحة الوصية للعبد مع وجود الكبير ، كان حكم الفرع كذلك فلا تجوز الوصية له مع عدم وجود وارث بالغ أيضا لذلك .

قالوا : مكلف غير مولى عليه ، فأشبه الحر.(٨)

قلنا : بل هو(٩) مولى عليه من جهة الحاكم ؛(١٠) والحرّ يجوز الوصية اليه وان كان في الورثة بالغ ولا يجوز الى العبد .(١١)

* مسألة (٣٤٥) : اذا اوصى الى فاسق لم تصح وصيته.(١) / ١٨٧ ش.

---

(٨) حيث تصح الوصية اليه .
بجامع التكليف مع الخلو عن الولاية عليه ، في كل من الاصل وهو الحر ، والفرع وهو العبد ،
ولما كان حكم الاصل صحة الوصية اليه ، كان حكم الفرع كذلك فتصح الوصية الى العبد أيضا لذلك .

(٩) أى العبد .

(١٠) واذ هو كذلك ، فلا يجوز أن يكون واليا على غيره .

(١١) أى مع وجود البالغ ، أى فهذا فارق بين الاصل والفرع يبطل به قياسهم المذكور .

(١) المختصر ص ١٤٦ . الأم جـ٤ ص ١٢٠ . المنهاج ص ٩١ .
وهو قول الحنابلة :
انظر: شرح المنتهى جـ٢ ص ٥٧٤ - كشاف القناع جـ٤ ص ٤٣٦ . وذكر في المغني جـ٦ ص ٢٤٥ رواية اخرى بصحة الوصية الى الفاسق ويضم اليه القاضي أمينا .
واليه ذهب المالكية أيضا :
انظر: الشرح الكبير جـ٤ ص ٤٥٢ والتي تليها . الجواهر جـ٢ ص ٣٢٥ . شرح المنح جـ٤ ص ٦٨٨ .

وقال أبو حنيفة : يصح (٢) ويخرج (٣) .

لنا : ان من لا يجوز اقراره على الوصية لم تصح الوصية اليه ، كالمجنون (٤) ،
أو ليس من أهل الشهادة ، كالمجنون (٥) .

قالوا : من جاز توكيله ، جاز الوصية اليه ، كالعدل (٦) .

---

(٢) فى نسخة ((ب)) : يصح لحرّ ويخرج .

(٣) أى عن الوصاية ، يخرجه عنها القاضي ويجعل مكانه وصيا آخر .
انظر : الهداية جـ٩ ص٤٢٣ ، التبيين جـ٦ ص٢٠٦ والتى تليها .
وذكر فى مجمع الأنهر جـ٢ ص٧١٩ عن محمد انها باطلة .
ولم أقف على قول ابن حزم فى هذه المسألة .

(٤) حيث لا تصح الوصية اليه .
بجامع بطلان اقراره ، فى كل من الاصل وهو المجنون ، والفرع وهو الفاسق .
ولما كان حكم الاصل بطلان الوصية اليه ، كان حكم الفرع كذلك فلا تصح الوصية للفاسق أيضا لذلك .

(٥) حيث لا تصح الوصية اليه .
بجامع ان كلا ليس من أهل الشهادة ، اما الاصل فالمجنون ، واما الفرع فالفاسق .
ولما كان حكم الاصل بطلان الوصية اليه ، كان حكم الفرع كذلك فلا تصح الوصية الى الفاسق أيضا لذلك .

(٦) حيث تصح الوصية اليه .
بجامع صحة توكيله فى كل من الاصل وهو العدل ، والفرع وهو الفاسق .
ولما كان حكم الاصل صحة الوصية اليه ، كان حكم الفرع كذلك فتصح الوصية للفاسق أيضا لذلك .

قلنا : الفاسق يجوز اقراره على التوكيل،[٧] ولا يجوز[٨] على الوصية، والعدل من أهل الشهادة وهذا[٩] بخلافه.[١٠]

* مسألة (٣٤٦) : لا يجوز الوصية الى من ينظر فى مال الصغار مع وجود[١] الجد / ١٨٨ى

وقال أبو حنيفة : يجوز.[٢]

---

(٧) أى بعد اكتشاف فسقه.

(٨) أى اقراره .

(٩) أى الفاسق .

(١٠) أى وبهذا الفارق بين الاصل والفرع يبطل قياسهم المذكور.

(١) الوجيز جـ١ ص ٢٨٣ . المنهاج ص ٩٢ .

(٢) أى واذا لم يوص الأب لاحد ، فالجد أولى من غيره فى الوصاية على الصغار .

انظر: الهداية جـ٩ ص ٤٣٤ . التبيين جـ٦ ص ٢١٣ . مجمع الأنهر : جـ٢ ص ٧٢٦ .

وبجواز الوصية الى غير الجد مع وجوده يقول الحنابلة أيضا :

انظر: شرح المنتهى جـ٢ ص ٢٩١ . كتاب الحجر. كشاف القناع جـ٣ ص ٤٣٤ والتى تليها . المغنى جـ٤ ص ٣٥٣ . وذكر فى المحرر جـ١ ص ٣٤٦ - رواية اخرى، لا يجوز .

وبقول الحنابلة يقول المالكية أيضا :

انظر: الشرح الكبير جـ٤ ص ٤٥٢ . الجواهر جـ٢ ص ٣٢ . شرح المنح جـ٤ ص ٦٨٨ .

ولم أقف على قول ابن حزم .

لنا : هو انه ولاية تثبت له بالشرع (٣) ، فلا يملك (٤) نقلها عنه (٥) بالوصية ، كولاية النكاح (٦) ، ولانه (٧) يتصرف بتفويض (٨) ، فلم يتصرف مع الجد ، كالحاكم (٩) .

---

(٣) فى الاصل (ولا تثبت) بحذف الياء والتاء المربوطة من (ولاية) وماأثبتناه من نسخة ((ب)) .

(٤) أى الموصى .

(٥) أى الجد .

(٦) حيث لا يملك الوصى نقلها عنه الى غيره .

بجامع ثبوتها بالشرع فى كل من الاصل وهو ولاية النكاح والفرع وهو ولاية المال .

ولما كان حكم الاصل عدم صحة نقلها عنه ، كان حكم الفرع كذلك فلا يجوز نقلها عنه فى المال أيضا لذلك .

(٧) أى الموصى اليه .

(٨) أى بتسليم الامر اليه من الموصى وتوكيله فيه .

انظر المصباح جـ٢ ص ١٤٠ .

(٩) حيث لا يجوز له ولاية مال اليتيم مع وجود الجد .

بجامع ان كلا يتصرف بتفويض ، اما الاصل فالحاكم واما الفرع فالوصى .

ولما كان حكم الاصل عدم جواز تصرفه فى مال اليتيم مع وجود الجد ، كان حكم الفرع كذلك فلا يجوز للوصى التصرف فى مال اليتيم مع وجود الجد أيضا لذلك .

قالوا : يتصرف (١٠) باذن الاب فقدم على الجد ، كالوكيل (١١) .

قلنا : يجوز أن يقدم الوكيل (١٢) دون الوصي ، (١٣) كما قلنا في النكاح (١٤) .

* مسألة (٣٤٧) : اذا وصى الى رجل في شئ ، لم يصر وصيا في غيره (١) . ١٨٨/ى

---

(١٠) أى الوصي .

(١١) حيث يقدم على الوصي في التصرف في مال اليتيم فيما وكل فيه .
بجامع التصرف باذن الأب ، في كل من الاصل وهو الوكيل ، والفرع وهو الوصي ،
ولما كان حكم الاصل تقديم الوكيل على الجد ، كان حكم الفرع كذلك فيقدم الوصي على الجد أيضا لذلك .

(١٢) أى على الجد .

(١٣) لأن عمل الوكيل أخص .

(١٤) بان الوكيل فيه يقدم على الوصي على المرأة . انظر الأم جـ٤ ص ١٢١ .

(١) كقوله : أوصيت اليك في قضاء ديوني أو في التصرف في امر اطفالي أو في ودائعي ونحو ذلك .
انظر : الوجيز جـ١ ص ٢٨٣ . نهاية المحتاج جـ٦ ص ١٠٦ عند الكلام على قول النووي في المنهاج ص ٩٢ : ويشترط بيان ما يوصي فيه . أهـ
وانظر مغني المحتاج أيضا جـ٣ ص ٧٧ .
وهو قول الحنابلة أيضا :
انظر : شرح المنتهى جـ٢ ص ٥٧٥ . كشاف القناع جـ٤ ص ٤٤٢ . المغني : جـ٦ ص ٢٤٣ .
واليه ذهب المالكية أيضا في المشهور . =

وقال أبو حنيفة : يصير وصيا فى كل شىء.(٢)

لنا : هو انه استفاد التصرف بالاذن فلم يتصرف فيما لم يجعل اليه ، كالوكيل والمضارب،(٣) ولانه لو وصى له بشىء لم يتعد ماوصى به(٤)، فكذلك اذا وصى اليه فى شىء لم يتعد ماوصى اليه.(٥)

قالوا : ينظر بولاية،(٦) فلم يختص

= انظر: الشرح الكبير جـ٤ ص ٤٥١. الجواهر جـ٢ ص ٣٢٥. وذكر فى شرح المنح جـ٤ ص ٦٨٧ انه المشهور عندهم ونقل عن ابن العربى فى بعض كتبه الخلافية انه يكون وصيا على العموم كقول أبى حنيفة. وجعله الطرطوشى رواية فى المذهب عن الامام.

(٢) المبسوط جـ٢٨ ص ٢٦. اشباه ابن نجيم ص ٢٩٦.
ولم أقف على قول ابن حزم فى هذه المسألة.

(٣) حيث لا يجوز لهما تجاوز ماأذن لهما فيه.
بجامع استفادة التصرف بالاذن ،فى كل من الاصل وهو المضارب والوكيل ،والفرع وهو الوصى.
ولما كان حكم الاصل عدم جواز مجاوزة المأذون فيه ،كان حكم الفرع كذلك فلا يجوز للوصى مجاوزة ماأذن له فيه أيضا لذلك.

(٤) أى فلا يأخذ غير ماوصى له به.

(٥) فى نسخة ((ب)) : ماوصى اليه فيه.

(٦) أى منتقلة اليه من الموصى ،كولاية الجد عند عدم الأب ،فانها لا تختص بنوع.
وفى نسخة ((ب)) : بتولية. / وهو خطأ. والفرق بين الولاية والتولية ان الولاية من جهة الشارع فتكون عامة ، والتولية من جهة العبد فتكون خاصة فيما أوصى اليه به ،لانها نيابة عنه.

تصرفه ،(٧) كالأب والجد (٨)، والدليل على الوصف (٩) : أنه لو كان ينظـــر بتولية لبطل بالموت ،(١٠) كالوكالة (١١) .

قلنا : بل ينظر بتولية ،لكن المعلق على صفة مطلقة (١٢) يبطل بالموت، والمقيد بصفة بعد الموت (١٣) لا يبطل وان كان الجميع بعقده ،(١٤) ثم تبطـــل العلة (١٥) بولاية الحاكم ،(١٦) والأب والجد يتصرفان من جهة الحكـــم (١٧) ،

---

(٧) أى على الموصى اليه فيه بل يدخل فيها غيره مما كان للموصى مباشرتـه .

(٨) حيث تعم ولا يتهما جميع الحقوق .
بجامع ان كلا ينظر فى حقوق الموصى عليه بولاية ، اما الاصل فالأب والجد ، واما الفرع فالوصى .
ولما كان حكم الاصل عموم ولا يتهما على الصبى ، كان حكم الفرع كذلـــك فتعم الوصية جميع حقوق الموصى عليه أيضا لذلك .

(٩) وهو أن الوصى ينظر بولاية .

(١٠) أى بموت من ولاه النظر فى حقوق الصبى .

(١١) حيث تبطل بموت الموكل ، أى والحال ان الوصية يبدأ العمل بهـــا بعد الموت ،فصح ان الوصى فيها ينظر بالولاية لا بالتولية .

(١٢) كما فى الوكالة .

(١٣) كما فى الوصية .

(١٤) أى الموصى .

(١٥) وهـــى قولهم : ينظر بولاية .

(١٦) أى فانها تنتقل اليه عن الحاكم قبله ، ثم ان ولاية ذلك الحاكم تبطل بموته .

(١٧) أى من جهة الشرع ،لا من جهة تولية أحد .

فهو كالملك بالارث، [١٨] وهذا [١٩] يتصرف بالأمر، [٢٠] فاختص بما تناوله الأمر، كالملك بالوصية له، [٢١] ثم ذاك [٢٢] حجة عليهم، فانه استفاد الولاية بالشرع، فقصر على ما جعل اليه الشرع، حتى لا يملك العتق والهبة، فكذلك هذا [٢٣] استفاد بالوصية، فقصر [٢٤] على ماوصى اليه. [٢٥]

---

(١٨) حيث لا يختص التصرف فيما ملك بالارث بنحو معين .

بجامع التصرف من جهة الشرع، في كل من الاصل وهو الملك بالارث، والفرع وهو وصاية الأب والجد .

ولما كان حكم الاصل عدم اختصاص التصرف فيه، كان حكم الفرع كذلك فلا يختص تصرف الأب والجد في الولاية أيضا لذلك .

(١٩) أي الوصي .

(٢٠) وهو ما حده له الموصي .

(٢١) حيث اذا أوصى له بشئ لم يجز له مجاوزته .

بجامع التصرف بالأمر من جهة الموصي ، في كل من الاصل وهو الملك بالوصية له ، والفرع وهو الملك بالوصية اليه .

ولما كان حكم الاصل عدم جواز مجاوزة ما اوصى له به، كان حكم الفرع كذلك فلا يجوز للموصى اليه مجاوزة ما أوصي اليه به أيضا لذلك .
والمراد : اثبات الفرق بين الاصل والفرع في قياسهم، لا بطاله به .

(٢٢) ولاية الأب والجد .

(٢٣) أي الوصي .

(٢٤) في الاصل : يقصر .

(٢٥) أي فلا يجوز له مجاوزته لذلك .

* مسألة (٣٤٨) : لا يجوز للوصى أن يوصى الى غيره ، وان قال : جعلت اليك ان توصى [(١)] ، ففيه قولان [(٢)] ./ ١٨٨ ى .

وقال أبو حنيفة : يجوز فى الموضعين ان يوصى الى غيره [(٣)] .

---

(١) فى نسخة ((ب)) : ان توصى الى غيره ./ وزيادتها خطأ اذ لا معنى لها .

(٢) اظهرهما الجواز .

وزاد الجلال المحلى قولا ثالثا وهو انه ان عين الوصى جاز والا فلا .

بان قال له : جعلت اليك ان توصى الى فلان .

انظر : المنهاج ص ٩٢ . الوجيز جـ١ ص ٢٨٢ . شرح المحلى جـ٣ ص ١٧٩ .

وهو قول الحنابلة أيضا :

انظر : شرح المنتهى جـ٢ ص ٥٧٥ . كشاف القناع جـ٤ ص ٤٤٠ . وذكر فى المغنى جـ٦ ص ٢٤٨ ان فى جواز ان يوصى الوصى الى غيره روايتين : الجواز وعدمه ، واما اذا قال جعلت اليك ان توصى فيجوز رواية واحدة .

(٣) أى سواء اطلق الوصية ، بأن قال له : انت وصيّ ، أو قيد بأن قال : جعلتك وصيا على ما اتركه .

وذهب الصاحبان الى انه اذا اطلق يجوز له الوصية الى غيره ، والا بان قيد الوصية بما يتركه ، فلا يجوز للوصى الايصاء الى غيره .

انظر : الهداية جـ٩ ص ٤٢٨ والكفاية أيضا .

وانظر : التبيين جـ٦ ص ٢٠٩ مجمع الأنهر جـ٢ ص ٧٢٢ .

ولم أقف على قول ابن حزم فى هذه المسألة .

لنا : هو انه يتصرف بتولية فلم يملك الوصية (٤) ، كالوكيل (٥) ، أو تفويض مطلق فلا يملك به النقل الى غيره كالمضاربة والوكيل (٦) .

قالوا : استنابه (٧) فى التصرف ، فملكه الوصى ، كالتوكيل (٨) .

---

(٤) أى الى غيره .

(٥) حيث لا يجوز له توكيل غيره .

بجامع التصرف بتولية فى كل من الاصل وهو الوكيل ، والفرع وهو الوصى ، ولما كان حكم الاصل عدم جواز توكيله لغيره ، كان حكم الفرع كذلك فليس للموصى اليه أن يوصى الى غيره أيضا لذلك .

(٦) حيث لا يملك المضارب أن يضارب غيره ، ولا الوكيل ان يوكل غيره أيضا .

بجامع التفويض المطلق فى كل من الاصل وهو المضارب والوكيل والفرع وهو الوصى .

ولما كان حكم الاصل عدم صحة النقل منهما الى الغير ، كان حكم الفرع كذلك فلا يجوز للوصى أن يوصى الى غيره أيضا لذلك .

(٧) أى الموصي .

(٨) حيث يملك الوصى التوكيل فيما أوصى اليه به .

بجامع الاستنابة فى التصرف فى كل من الأصل وهو التوكيل والفرع وهو الايصاء .

ولما كان حكم الاصل صحة التوكيل من الوصى ، كان حكم الفرع كذلك فيجوز للوصى الايصاء لغيره أيضا لذلك .

قلنا : التوكيل فيما لم تجر العادة ان يتولاه (٩) من ضرورة الوصية (١٠) ،
ولهذا يملك الوكيل ذلك (١١) بمطلق الوكالة ، وليس من ضرورة الوصية
أن يوصى الى غيره ، لأن هناك (١٢) من ينظر بعد موته (١٣) وهو الحاكم (١٤) .

* مسألة (٣٤٩) : اذا وصى الى نفسين (١) لم يجز لاحدهما أن ينفرد
بالتصرف (٢) . / ١٨٨ ى .

---

(٩) أى الوكيل .

(١٠) لانه من تمام القيام بها .

(١١) أى التوكيل .

(١٢) أى فى الوصية .

(١٣) أى الوصى .

(١٤) أى فلا يجوز للوصى الايصاء لغيره لذلك .
والمراد: اثبات الفارق بين الاصل والفرع فى قياسهم ايصاء الوصى على توكيله
والقياس مع الفارق باطل .

(١) أى فى عقد واحد .

(٢) ومحله: عند عدم التصريح بالانفراد ، بأن اوصى اليهما واطلق . فلم يذكر
فيها اجتماعا أو انفرادا .
ومحله ايضا: فى غير رد الوديعة والعارية والمغصوب وقضاء الدين يوجد
فى التركة جنسه .
انظر قليوبى جـ٣ ص ١٧٩ . مغنى المحتاج جـ٣ ص ٧٧ .
وانظر المسألة فى : الأم جـ٤ ص ١١٨ . الوجيز جـ١ ص ٢٨٣ . المنهاج :
ص ٩٢ .
وهو قول الحنابلة أيضا : =

وقال أبو حنيفة : يجوز فى رد الوديعة وقضاء الدين وتفرقة الثلث وشراء الكفن والنفقة على الأيتام وكسوتهم وعتق عبد بعينه استحسانا.[٣]

لنا : هو انه تصرف اشرك فيه بين نفسين ،[٤] فلم يجز لاحدهما أن ينفرد به كالوكيلين فى البيع.[٥]

= انظر: شرح المنتهى جـ٢ ص ٥٧٥ . كشاف القناع جـ٤ ص ٤٣٨ . المغنى جـ٦ ص ٢٤٣ .

واليه ذهب المالكية أيضا :

انظر: الشرح الكبير جـ٤ ص ٤٥٣ . الجواهر جـ٢ ص ٣٢٦ . شرح المنح جـ٤ ص ٦٩١ .

(٣) فى نسخة ((ب)) : استحبابا . / وهو تحريف .

وقد خالف فى ذلك أبويوسف ،فأجاز لكل منهما الانفراد فى جميع الأشياء .

ومحله: اذا كانت الوصية اليهما بعقد واحد ،قيل : بل وان بعقدين منفصلين .

كما نص عليه فى مجمع الأنهر جـ٢ ص ٧٢٢ . والشلبى فى حاشيته على التبيين جـ٦ ص ٢٠٨ .

وانظر المسألة فى : الهداية جـ٩ ص ٤٢٥ . التبيين جـ٦ ص ٢٠٨ . مجمع الأنهر جـ٢ ص ٧٢١ .

ولم أقف على قول ابن حزم فى هذه المسألة .

(٤) أى باطلاقه الوصية اليهما من غير تقييد بالاجتماع أو عدمه .

(٥) حيث لا يجوز لاحدهما الانفراد فيه .

بجامع التشريك فى التصرف بين نفسين ، فى كل من الاصل وهو الوكيلان فى البيع ، والفرع وهو الوصيان .

=

قالوا : فى تأخير هذه الأشياء (٦) ، الى أن يجتمعا ، ضـــرر. (٧)

قلنا : يبطل به اذا وكل رجلين فى بيع ما يسرع اليه الفساد ، (٨) ولانـــه اذا خيف الضرر، (٩) قام القاضى مقام الغائب ، (١٠) فيدفع (١١) الضرر. (١٢)

قالوا : رد احدهما للوديعة وعتقه للعبد المعين ، كردهما وعتقهـما ، (١٣) فجاز أن ينفرد به .

= ولما كان حكم الاصل عدم جواز الانفراد فيه ، كان حكم الفرع كذلـــك فلا يجوز لاحدهما الانفراد فى التصرف فيهما أيضا لذلك .

(٦) أى الستة المذكورة .

(٧) فجاز لهما الانفراد فيها دون غيرها .

(٨) أى فان الضرورة فى الاسراع ببيعه ، لم تجعل سببا فى جواز انفـــراد احدهما به .

فبطل اعتبار تحاشى الضرر علة فى جواز الانفراد بهذه الستة دون غيرها .

(٩) أى على هذه الأشياء المستثناة.

(١٠) أى فى التصرف بها .

(١١) فى نسخة ((ب)) : فدفع الضـــرر.

(١٢) أى فبطل استثناء الاشياء الستة من غيرها فى جواز الانفراد بها .

(١٣) أى معا . لانه يحصل مرة واحدة ، فيستوى الاجتماع فى ايقاعهـــا والانفراد فيه .

قلنا : رد الأجنبي (١٤) وعتقه ،كرد (١٥) الوصي وعتقه (١٦) ، ثم لا يجوز ذلك . (١٧)

* مسألة (٣٥٠) : لا يجوز للوصي أن يبيع مال الولد الرشيد (١) . ١٨٨/ى .

---

(١٤) في نسخة ((ب)) : فالأجنبي . / أي غير الوصي .

(١٥) كرر في نسخة ((ب)) قوله : كرد الوصي وعتقه .

(١٦) أي من حيث الفعل في رد الوديعة ، والصيغة في العتق .

(١٧) أي من الأجنبي ، لعدم التوكيل في الرد في الوديعة ، ولعدم الملك في عتق العبد .

(١) الأم جـ٤ ص ١٢٤ وص ١٢٥ فقد نص على ذلك ، واما في الوجيز جـ١ ص ٢٨٣ فقال : ولا يجوز نصب الوصي على الاولاد البالغين ، نعم ينصب وصيا في قضاء الديون وتنفيذ الوصايا . أهـ فخرج منه البيع فلا يجوز له بيع مال الولد الرشيد .

وهو قول المالكية أيضا ، ومحله إذا كان في الحضر ، والا بان كان في سفر فله البيع .

فلو مات شخص في سفر ، كان لوصيه بيع متاعه وعروضه لانه يثقل حمله . ومحله: اذا لم يكن هناك حاكم .

انظر : الشرح الكبير جـ٤ ص ٤٥٣ . وحاشية الدسوقي عليه . الجواهر جـ٢ ص ٣٢٦ . شرح المنح جـ٤ ص ٦٩٠ .

وقال أبو حنيفة : يجوز اذا كان هناك صغير أو دين على الميت (٢) أو وصية ، وفى بيع الجميع توفير. (٣)

---

(٢) أى وكان هذا الدين مستغرقا لمال الموصى ، فان لم يكن مستغرقا لجميع ماله باع بقدر الدين عند أبى يوسف ومحمد لعدم الحاجة الى أكثر من ذلك ، خلافا للامام حيث اجاز له بيعه كله ، بحكم الولاية ، فاذا ثبتت فى البعض ثبتت فى الكل لانها لا تتجزأ .

انظر التبيين جـ٦ ص ٢١٢ .

(٣) أى سواء كان المال عقارا أو غيره ، واما اذا لم يكن على الموصى دين فيجوز بيع كل شئ مما كان يملكه الموصى ، الا العقار ، لانه محفوظ بنفسه .

ومحله فى جواز بيع مال الكبير .هو ما اذا كان الكبير غائبا .

وجواز بيع الوصى مال الكبير الغائب انما هو استحسان . وفى القياس لا يجوز له لا فى العقار ولا فى غيره .

انظر : الهداية جـ٩ ص ٤٣٢ . التبيين جـ٦ ص ٢١٢ . مجمع الأنهر : جـ٢ ص ٧٢٦ .

وهو قول الحنابلة أيضا سواء كان الكبير غائبا أو حاضرا ولكنه امتنع عن البيع لوفاء دين أو وصية .

انظر : شرح المنتهى جـ٢ ص ٥٧٧ . كشاف القناع جـ٤ ص ٤٤٤ والتى تليها . وفى المقنع ص ١٨٠ رواية أخرى بالمنع.

وذهب ابن حزم الى جواز بيعه بشرط عدم المحاباة .

انظر المحلى جـ٩ ص ٢٤٩ .

لنا : انه مال رشيد لا حق عليه،[٤] فلا يجوز بيعه بغير اذنه،[٥] كالذى لم يرثه .[٦]

قالوا : قائم[٧] مقام الميت ، وللميت بيع الجميع.[٨]

قلنا : الميت يملك بيع الجميع من غير حاجة ، والوصى لا يملك،[٩] ولانه قائم مقام الميت فى حق الصغير[١٠] دون الكبير ،والميت[١١] لا يملك بيع مال

---

(٤) أى من دين أو وصية .

(٥) أى الرشيد .

(٦) حيث لا يجوز له بيعه اذا لم ينتقل ذلك المال الى الرشيد .
بجامع ان كلا مال رشيد لم يتعلق فيه حق لاحد ، اما الاصل فالمال الذى لم يرثه الرشيد ، واما الفرع فالمال الذى ورثه .
ولما كان حكم الاصل عدم جواز بيع الوصى له ، كان حكم الفرع كذلك ، فلا يجوز بيع ماله الموروث أيضا لذلك .

(٧) أى الوصى .

(٨) أى فجاز للوصى بيع الجميع أيضا لذلك .

(٩) أى بيع مال الكبير الا لحاجة من دفع دين أو تنفيذ وصية .
وبهذا الفارق بين الاصل والفرع يبطل قياسهم الوصى على الموصى فى جواز بيع الجميع .

(١٠) لانه هو الذى يحتاج الى الوصاية لقصوره .

(١١) وهو الأب .

الكبير (١٢) فلا يملك الوصـــى . (١٣)

* مسألة (٣٥١) : لا يجوز للوصى أن يشترى مال اليتيم (١) ٠/١٨٨ش.

---

(١٢) أى الحاضر دون الغائب ، فان الأب يملك بيع ما سوى العقار علـــى ولده الغائب . واما الحاضر فلا ، لا العقار ولا غيره .

(١٣) لانتقال الولاية اليه من الموصى ، فما كان للموصى التصرف فيه ، كـــان للوصى التصرف فيه أيضا ، لقيامه مقامه .

(١) أى بخلاف الأب ، واما اليتيم فهو فى الانسان من فقد اباه وهو صغـــير دون البلوغ ، فان فقد أبويه فهو لطيم ، وان فقد أمه فهو عجـــى ، بيـــاء مشددة ، واما فى الحيوان فهو من فقد امه . انظر المصباح جـ٢ ص٦٥٣
وانظر المسألة فى : الوجيز جـ١ ص ٢٨٤ . مغنى المحتاج جـ٣ ص ٧٨ :
ولا يستقل بقسمة مشترك بينه - أى الوصى - وبينه - أى الموصى عليه - لأن القسمة ان كانت بيعا ، فليس له تولى الطرفين . أهـ . وانظر قليوبـــى : جـ٣ ص ١٨٠ .
وهو قول المالكية أيضا :
ومحله عندهم : الا أن يكون فى شرائه من مال اليتيم مصلحة لليتـــيم ، كما لو اشترى منه شيئا من التركة عرضت للبيع مرارا ، فلم تبع لقلة الرغبة فيها ، أو دفع فيها ثمن على جهة المزايدة فى السوق ، فما بلغ اليـــه السعر زاد الوصى عليه شيئا واخذه .
وقيل : يأخذها بالسعر الذى وقفت السلعة عليه .
ومحله أيضا : اذا كانت السلعة يسيرة قليلة الثمن .
انظر : الشرح الكبير جـ٤ ص٤٥٥ . وحاشية الدسوقى عليه . الجواهـــر : جـ٢ ص ٣٢٧ . شرح المنح جـ٤ ص ٦٩٤ .

وقال أبو حنيفة : يجوز بأكثر من ثمن المثل.(٢)

لنا : قوله صلى الله عليه وسلم (لا يشترى الامام من مال المغنم(٣) ولا الوصى من مال اليتيم ولا يتزوج الولى وليته)(٤) ولأن(٥) من لا يجوز أن يشترى بثمن

---

(٢) خلافا لمحمد وأبي يوسف فى احدى الروايتين عنه ، حيث منعا من شرائه من مال اليتيم بكل حال .
ومحله : اذا كان الوصى وصيا للأب ، والا بأن كان وصى القاضى فليس له الشراء بكل حال .
انظر : شرح العناية جـ٩ ص ٤٣٢ . التبيين جـ٦ ص ٢٢١ . مجمع الأنهر جـ٢ ص ٧٢٥ .
وبجوازه بشرط عدم المحاباة يقول ابن حزم أيضا . المحلى جـ٩ ص ٢٤٩ .
واجازه ابن حزم بشرط عدم محاباة نفسه . انظر المحلى جـ٩ ص ٢٤٩ .

(٣) على وزن مفعل ، من الغنيمة ، تقول غنم فلان الشئ يغنمه غنما ، بضم المعجمة فنون ساكنة ، وغنيمة ، اذا أصابه واخذه ، والجمع غنائم ومغانم .
والغنيمة : هى ما ناله المسلمون من أهل الشرك عنوة والحرب قائمة .
واما ما نيل من المشركين بعد ان تضع الحرب أوزارها فيسمى فيئا .
انظر المصباح جـ٢ ص ١٠٨ .

(٤) لم أقف عليه ، لكن روى البيهقى جـ٦ ص ٢٨٥ كتاب الوصايا باب ما يجوز للوصى أن يصنعه فى أموال اليتامى ، عن ابن مسعود وقد اتاه رجل من همدان على فرس ابلق ، فقال له : ان رجلا اوصى الىّ وترك يتيما ، افأشترى هذا الفرس أو فرسا آخر من ماله ، فقال عبد الله - هو ابن مسعود - : لا تشتر شيئا من ماله ، أهـ ولم يتعقبه صاحب الجوهر النقى بشئ .

(٥) سقطت النون فى (لأن) من نسخة ((ب)) .

المثل لا يجوز أن يشترى بأكثر منه ، كالوكيل[٦] .

قالوا : ولاية[٧] مستحقة بموت الأب ، فملك بها الشراء لنفسه ، كولاية الجد[٨] .

قلنا : يجوز للجد الشراء بثمن المثل ، ولا[٩] يجوز للوصى[١٠] .

* مسألة (٣٥٢) : اذا وصى اليه أن يضع ثلثه[١] حيث شاء لم يجز أن يصرفه[٢] الى نفسه . / ١٨٨ ش .

---

(٦) حيث لا يحل له الشراء بأكثر من ثمن المثل .
بجامع عدم جواز الشراء بثمن المثل ، فى كل من الاصل وهو الوكيل والفرع وهو الوصى .
ولما كان حكم الاصل عدم جواز شرائه بأكثر من ثمن المثل ، كان حكم الفرع كذلك فلا يجوز للوصى الشراء بأكثر من ثمن المثل أيضا لذلك .

(٧) فى نسخة ((ب)) : ولانه . / وهو تصحيف .

(٨) حيث يملك الشراء لنفسه من مال اليتيم ، لجواز ذلك للأب ، والجد كالأب فى الولاية على الصبى .
بجامع ان كلا ولاية مستحقة بموت الأب ، اما الاصل فولاية الجد ، واما الفرع فولاية الوصى .
ولما كان حكم الاصل جواز شرائه من مال اليتيم ، كان حكم الفرع كذلك فيجوز للوصى الشراء من ماله أيضا لذلك .

(٩) فى الاصل (فلا) والأولى ما أثبتناه من نسخة ((ب)) .

(١٠) أى فبطل اعتبار كون الولاية مستحقة بموت الأب ، علة فى جواز البيع بأكثر من ثمن المثل للفارق المذكور بينهما .

(١) سقط قوله (ثلثه) من نسخة ((ب)) .

(٢) الأم جـ٤ ص ٩٧ . المهذب جـ١ ص ٤٥٦ .
وهو قول الحنابلة أيضا : =

وقال أبو حنيفة : يجوز.(٣)

لنا : انه تمليك ملكه بالاذن فلا يجوز أن يكون قابلا،(٤) كما لو(٥) وكله في بيع سلعة(٦) أو قال له اعط من شئت.(٧)

قالوا : الاذن عامّ.(٨)

= انظر : شرح المنتهى جـ٢ ص ٥٧٧ . كشاف القناع جـ٤ ص ٤٤٣ . وذكر في المغنى جـ٦ ص ٢٠٥ رواية أخرى باحتمال أن يجوز ذلك .

(٣) المبسوط جـ٢٨ ص ٧٩ .
ولم أقف على قول ابن حزم في هذه المسألة ولا المالكية .

(٤) في نسخة ((ب)) : قابلا له . / لا تحاد الايجاب والقبول من شخص واحد .

(٥) سقط حرف (لو) من نسخة ((ب)) .

(٦) حيث لا يجوز له شراؤها لنفسه .

(٧) حيث لا يجوز له أخذها لنفسه .
بجامع ان كلا تمليك ملكه بالاذن ، اما الاصل فما لو وكله في بيع سلعة أو قال له : اعط من شئت ، واما الفرع فهو ما لو قال له : ضع ثلثي حيث شئت .
ولما كان حكم الاصل عدم جواز أخذها لنفسه ،كان حكم الفرع كذلك فلا يجوز له صرف الثلث لنفسه أيضا لذلك .

(٨) أى فيدخل فيه الوصى أيضا .

قلنا[٩] : يبطل بالتوكيل فى البيع ،[١٠] وبقوله : اعط من شئت.[١١]

* مسألة (٣٥٣) : اذا ادعى الوصى دفع المال الى الصغير بعد البلوغ لم يقبل منه الا ببينة.[١] / ١٨٨ش.

---

(٩) فى نسخة ((ب)) : قلت .

(١٠) حيث لا يجوز للوكيل شراء ما وكل فيه . مع كون الاذن فيه عاما .

(١١) فانه لا يجوز له أخذها لنفسه . مع كون اللفظ (مَنْ) يفيد العموم أيضا .

أى فبطل اعتبار العموم فى قوله (ضع ثلثى حيث شئت) علة فى جواز صرفه لنفسه .

(١) الوجيز جـ١ ص ٢٨٤ . المنهاج ص ٩٢ .

وهو قول المالكية فى المشهور عندهم ، به قال مالك وابن القاسم ، ومقابل المشهور انه يقبل قوله بيمينه . وبه قال عبد الملك بن الماجشون وابن وهب .

ومحله : مالم يطل الزمان بعد الرشد ، فاذا طال بعده وادعى اليتيم عدم الدفع اليه ، لم تسمع دعواه ، والمشهور أنها : تسمع وان طال الزمان .

وحدد عدم الطول بثمانية أعوام وقيل: عشرون .

انظر: الشرح الكبير جـ٤ ص ٤٥٦ وحاشية الدسوقى عليه . الجواهر جـ٢ ص ٣٢٧ . شرح المنح جـ٤ ص ٦٩٥ .

وقال أبو حنيفة : يقبل .(٢)

لنا :(٣) أنه ادعى دفع المال الى من لم(٤) يأتمنه عليه ،فأشبه اذا ادعى الغاصب رد المغصوب .(٥)

قالوا : أمين ،فأشبه اذا ادعى الانفاق أو التلف أو ادعى المودع رد الوديعة .(٦)

---

(٢) أشباه ابن نجيم ص ٢٧٥.

ولم أقف على قول ابن حزم فى هذه المسألة وكذلك الحنابلة .

(٣) فى نسخة ((ب)) : لنا : هو أنه . / أى الولى .

(٤) فى نسخة ((ب)) : الى من لا يأتمنه .

(٥) حيث لا يقبل منه ذلك الا ببينة .

بجامع ادعاء دفع المال الى من لم يأتمنه عليه . فى كل من الأصل وهو مالو ادعى الغاصب رد المغصوب ، والفرع وهو مالو ادعى الوصى دفع المال الى الصبى بعد البلوغ .

ولما كان حكم الاصل عدم قبول دعواه الا ببينة ، كان حكم الفرع كذلك فلا يقبل دعوى الوصى الا ببينة أيضا لذلك .

(٦) حيث لا يطالب بالبينة على ذلك .

بجامع ان كلا امين ، اما الاصل فما لو ادعى انفاق المال على الصبى أو ادعى تلفه ،أو ادعى المودع رد الوديعة ، واما الفرع فما لو ادعى الوصى رد المال لليتيم بعد بلوغه .

ولما كان حكم الاصل عدم مطالبته بالبينة فيه ، كان حكم الفرع كذلك فلا يطالب بها فى دفع المال الى الصبى اذا بلغ أيضا لذلك .

قلنا : الانفاق والتلف يتعذر اقامة البينة عليه (٧) ، والرد لا يتعذر (٨) ، والمودع أئتمنه عليه المودع ، فقبل قوله عليه (٩) ، والوصى لم يأتمنه عليه الصبى (١٠) ، فلم يقبل قوله عليه (١١) ، ولأن الله تعالى قال فى الامانة (فان أمن بعضكم بعضا فليؤد الذى أوتمن أمانته) (١٢) ولم يأمر بالاشهاد ، وقال فى الصبى (فاذا دفعتم اليهم أموالهم فأشهدوا عليهم) (١٣) فدل على الفرق بينهما (١٤) .

---

(٧) لانه فى الانفاق يتكرر كثيرا ، وفى التلف قد يحصل بسبب خفى .

(٨) لعدم تكرره .

أى فافترق بهذا الاصل والفرع ، فبطل بهقياسهم المذكور .

(٩) أى فى رده الوديعة الى المودع .

(١٠) وانما أئتمنه عليه وليه .

(١١) أى قول الوصى على الصبى .

أى وهذا أيضا فارق بين الاصل والفرع فى قياسهم الوصى على الوديع ، فيبطل به قياسهم المذكور .

(١٢) سورة البقرة آية / ٢٨٣ .

وجه الدلالة : انه لم يشترط فى أداء الامانة فى حال استئمان المتعاقدين اقامة البينة عليه ، فدل على عدم لزومه .

(١٣) سورة النساء آية رقم / ٠٦

وجه الدلالة واضح : وهو طلب اقامة البينة على دفع المال الى اليتيم اذا بلغ .

(١٤) أى بين المودع والوصى .

أى واذ ذلك كذلك ، فلا يصح قياس احدهما اعنى الوصى ، على الآخر أعنى الوديع ، والقياس مع الفارق باطل .

* كتـــــاب العتـــق * (*)

* مسألة (٣٥٤) : اذا اعتق المعسر (١) نصيبه من العبد لم يجب عتـــق الباقى (٢) ٠/١٨٨ش.

(*) زاد فى نسخة ((ب)) : البسملة بعد قوله : كتاب العتق .
العتق مصدر بمعنى الاعتاق ، مأخوذ من قولهم : عتق الفرس ،اذا سبق ، وعتق الطائر اذا طار واستقل .
تقول : عتق العبد عتقا ،من باب ضرب وعتاقا وعتاقة بفتح الأول بفتـــح الأول فى الجميع ، وهو يتعدى بالهمزة فتقول : اعتقته ،فهو معتـــق ، ولا يتعدى بنفسه ،فلا يقال : عتقته .
ولهذا قيل : لا يقال : عتق العبد ،وهو ثلاثى مبنى للمفعول ،ولا أعتق هو بالألف مبنيا للفاعل ،بل الثلاثى لازم ،والرباعى متعد .
ولا يقال أيضا : عبد معتوق ،فانه شاذ ،والصواب : عبد عتيق ،علــى وزن فعيل بمعنى مفعول . وجمعه : عتقاء ،ككرماء . أنظر المصباح : جـ ٢ ص ٣٩ .
وفى الشرع : هو ازالة الرق عن الآدمى .
والاصل فى مشروعيته : الكتاب والسنة والاجماع .
اما الكتاب : فقوله تعالى : (فلا اقتحم العقبة وماأدراك مالعقبة ، فك رقبة) سورة البلد آية / ١٢ .
وأما السنة : فمنها مارواه مسلم جـ٢ ص ١١٤٧ كتاب العتق باب فضـــل العتق ، رقم/ ٢٢ عن أبى هريرة مرفوعا : من أعتق رقبة ،اعتق الله بكـــل عضو منها ،عضوا من أعضائه ،من النار ،حتى فرجه بفرجه .أهـ.
وأما الاجماع : فقد اجمعت الامة على صحة العتق وحصول القربة بــه .
واركان العتق ثلاثة : معتق وعتيق وصيغة وهى صريح وكناية ،فالصريـــح: =

. . . .

= كأنت حر وعتيق فلا يحتاج الى نية ، واما الكناية كقوله: لا ملك لى عليك ولا سلطان ولا سبيل . فتحتاج الى نية. انظر مغنى المحتاج جـ٤ ص ٤٩١ .

(١) اسم فاعل من الاعسار ، وهو الافتقار ، تقول : أعسر الرجل ، اذا أصابه الفقر والضيق . ومنه قوله تعالى (وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة) سورة البقرة آية / ٢٨٠ .
انظر : المصباح جـ٢ ص ٥٨ .

(٢) الأم جـ٤ ص ١١٦ . المختصر ص ٣١٩ . المنهاج ص ١٥٨ .

وهو قول الحنابلة أيضا :

انظر: شرح المنتهى جـ٢ ص ٦٥٢ . كشاف القناع جـ٤ ص ٥٧٣ . وذكر في المغنى جـ١٠ ص ٣٠٣ عن أحمد رواية اخرى ان المعسر اذا اعتق نصيبه استسعى العبد في قيمة حصة الباقين ، حتى يؤديها فيعتق .

واليه ذهب المالكية كذلك :

انظر: الشرح الكبير جـ٤ ص ٣٧٣ . الجواهر جـ٢ ص ٣٠٢ . شرح المنح : جـ٤ ص ٥٨٥ . القوانين ص ٤٠٨ وذكر في المنتقى جـ٦ ص ٢٥٦ عن مالك فيما رواه ابن المواز ان لشريكه ان يقوّم على المعسر حصته ويتبعه بها فى ذمته ، خلافا لابن القاسم حيث قال : ليس له ذلك .

وقال أبو حنيفة : يجب [٣] بالاستسعاء [٤] أو بان يعتق الشريك نصيبه. [٥]

لنا : ماروى ابن عمر [٦] ان النبي صلى الله عليه وسلم قال (من اعتق شركا له فى عبد وكان معه مايبلغ ثمن العبد قوم عليه قيمة عدل ، واعطى شركاؤه [٧] حصصهم ، وعتق عليه العبد ، والا فقد عتق منه ماعتق ، ورق منه

---

(٣) أى عتق الباقى .

(٤) استفعال من السعى ، وهو التصرف فى كل عمل . ومنه قوله تعالى :
(وان ليس للانسان الا ماسعى) سورة النجم آية/ ٣٩ أى الا ماعمل .
والمراد به هنا السعى فى تحصيل المال ، لدفعه الى شريك المعسر فى مقابل نصيبه من العبد .
تقول : سعى المكاتب فى فك رقبته سعاية ، بفتح السين المهملة وكسرها وفى الطلب تقول : استسعيته فى قيمته .
انظر المصباح جـ١ ص ٢٩٧ . والمختار ص ٣٠٠ .

(٥) خلافا للصاحبين ، حيث قالا : ليس للمعسر الا الضمان مع اليسار ، أو السعاية مع الاعسار .
انظر: الهداية جـ٤ ص ٢٥٩ والتى تليها ، التبيين جـ٣ ص ٧٤ .
مجمع الأنهر جـ١ ص ٥١٧ .
وذهب ابن حزم الى وجوب السعاية على العبد للشريك .
انظر المحلى جـ١٠ ص ٢٠١ .

(٦) انظر ترجمته فى المسألة رقم (٤) هامش (٣) .

(٧) فى الاصل : شركاه .

مابقــى).[٨] ولان الاستسعاء عتق على مال ، فلا يجبر العبد عليــه كالكتابة ،[٩] وكما لو قال[١٠] : اذا اديت الىّ الفا فأنت حــر[١١] ، ولانــه

---

(٨) رواه مسلم جـ٢ ص ١١٣٩ كتاب العتق ، الحديث رقم / ١ .
ورواه البخارى جـ٢ ص ٧٩ كتاب العتق ، باب اذا اعتق عبدا بين اثنـين أو امة بين الشركاء .
ورواه أبو داود جـ٤ ص ٢٤ كتاب العتق ، باب فيمن روى انه لا يستسعى .
رقم / ٣٩٤٠
ورواه ابن ماجه جـ٢ ص ٨٤٤ كتاب العتق ، باب من اعتق شركا له فى عبد .
رقم / ٢٥٢٨ . عن ابن عمر ، بلفظ المصنف أيضا .
وبنحوه رواه الترمذى جـ٣ ص ٦٣٠ كتاب الأحكام ، باب ماجاء فى العبد يكون بين الرجلين . رقم/ ١٣٤٧ عن سالم عن أبيه - يعنى ابن عمــر - مرفوعا ، ولفظه : من أعتق نصيبا له فى عبد ، فكان له من المال مايبلـغ ثمنه ، فهو عتيق من ماله . أهـ
ثم قال : هذا حديث حسن صحيح . أهـ .

(٩) حيث لا يجبر عليها العبد .
والكتابة : هى ان يكاتب الرجل عبده أو امته على مال منجم ، ويكتب العبد عليه انه يعتق اذا ادى النجوم ، وهى الاقساط . أنظر المصباح جـ٢ ص١٨٤ .
وسيأتى بيانها فى مسائل الكتابة الآتية ، ان شاء الله تعالى .
والجامع فى القياس المذكور هو العتق على مال ، فى كل من الاصل وهــو الكتابة ، والفرع وهو الاستسعاء .
ولما كان حكم الاصل عدم وجوبها على العبد ، كان حكم الفرع كذلك فلاتجب عليه السعاية أيضا لذلك .

(١٠) سقط لفظ (لو) من نسخة ((ب)) .

(١١) حيث لا يجب على العبد اداؤها ليعتق .
بجامع العتق على مال فى كل من الاصل وهو مالو قال له ان اديت الى =

اذا لم يجب (١٢) على المعتق (١٣) وهو حر (١٤) ، وهو المعتق (١٥) ، فلأن لا يجب (١٦) على العبد (١٧) أولى (١٨) .

قالوا : روى أبو هريرة (١٩) ان النبى صلى الله عليه وسلم قال (من أعتق شركا له فى مملوك فعليه خلاصه فى ماله ، فان لم يكن له مال ، استسعى العبد غير مشقوق عليه) (٢٠) .

= الفا فأنت حر ، والفرع وهو الاستسعاء .
ولما كان حكم الاصل عدم لزومه للعبد ، كان حكم الفرع كذلك فلا يلزم العبد السعى لعتق نفسه أيضا لذلك .

(١٢) أى عتق الباقى .

(١٣) فى نسخة ((ب)) : على الجانى . / أى على نصيب شريكه بتعريضه اياه للخروج من يده باعتاقه نصيبه ، مع عدم القدرة على اعتاق الباقى بسبب الاعسار .

(١٤) أى مع أنه يملك التصرف بنفسه .

(١٥) أى مع كونه هو المتسبب باعتاقه فى عتق الباقى .

(١٦) أى عتق الباقى .

(١٧) باستسعائه .

(١٨) وجه الأولوية : انه اذا لم يجب على الجهة الاقوى وهو المعتق المتسبب فلأن لا يجب على الجهة الأضعف وهو من وقع عليه العتق من باب أولى .

(١٩) انظر ترجمته فى المسألة رقم (٣١) هامش (٨) .

(٢٠) رواه مسلم جـ٢ ص ١١٤٠ كتاب العتق ، باب ذكر سعاية العبد . رقم/ ٣ .
ورواه البخارى جـ٢ ص ٨٠ كتاب العتق ، باب اذا اعتق نصيبا فى عبد وليس له مال استسعى العبد غير مشقوق عليه على نحو الكتابة .
ورواه أبو داود جـ٤ ص ٢٤ كتاب العتق ، باب من ذكر السعاية ، رقم/ ٣٩٣٨ . =

قلنا : الاستسعاء تفرد به سعيد بن أبي عروبة، (٢١) ولم يذكره شعبة (٢٢)
وهشام الدستوائي (٢٣) عن قتادة، (٢٤) وهما أحفظ من سعيد ، وروى همام (٢٥)

= ورواه الترمذي جـ٣ ص ٦٣٠ كتاب الأحكام ، باب ما جاء في العبد يكون بين الرجلين فيعتق احدهما نصيبه. رقم / ١٣٤٨.
ورواه ابن ماجه جـ٢ ص ٨٤٤ كتاب العتق ، باب من اعتق شركا له في عبد . رقم / ٢٥٢٧

(٢١) هو امام أهل البصرة في زمانه ، يكنى أبا النضر ، مولى بني عدي ، واسم ابيه : مهران ، له مصنفات ، الا أنه تغير في اخر عمره ، رمي بالقدر روى عن أبي رجاء العطاردي وأبي نضرة العبدي وروايته عنهما في صحيح مسلم ، وروى عنه يزيد بن زريع وخالد بن الحارث وغيرهما ،
قال أبونعيم : كتبت عنه حديثين ثم اختلط ، فقمت وتركته .أهـ
وقد وثقه يحيى القطان ،
ومما يدل على اختلاطه قول مسلم بن ابراهيم : قال لي سعيد بن أبي عروبة : مالك خازن النار ، من أي حي هو .أهـ ممن سمع منه بعد الاختلاط: غندر ووكيع والمعافى بن عمران .
روى وهيب عن أيوب : لا يفقه رجل لا يدخل حجرة سعيد بن أبي عروبة .أهـ
توفى سنة ست وخمسين ومائة. انظر الميزان جـ٢ ص ١٥١ رقم ص٣٢٤٢.

(٢٢) هو ابن الحجاج . انظر ترجمته في المسألة رقم (٢٧٢) هامش (٤٥).

(٢٣) هو هشام بن أبي عبدالله الدستوائي الحافظ ، احد الاثبات روى له أصحاب الكتب الستة ، لكنه رمي بالقدر فيما قيل . قاله العجلي وابن معين وغيرهما ، وقيل : بل رجع عنه . قال عنه أبو داود الطيالسي : هشام الدستوائي أمير المؤمنين في الحديث. انظر الميزان جـ ٤ ص ٣٠٠، رقم / ٩٢٢٩.

(٢٤) هو ابن دعامة السدوسي .انظر ترجمته في المسألة رقم (٦٨) هامش (٤٢).

(٢٥) هو همام بن يحيى العوذي بفتح العين وسكون الواو بعدها ذال معجمة =

الاستسماء من قول قتادة [٢٦] ، ولانه حجة لنا لانه شرط ان لا يشق عليه ،

فدل على انه لا يجبر عليه .

= نسبة الى عوذ بن غالب ، البصرى ، احد علماء البصرة وثقاتها ، قال أبو حاتم : ثقة فى حفظه شئ ، وكان يحيى القطان لا يرضى حفظه ، وقال محمد بن المنهال : عن يزيد بن زريع وقد سئل عن همام فقال : كتابه صالح وحفظه لا يسوى شيئا .
روى عن الحسن وعطاء بن أبى رباح ونافع وغيرهم .
قال أبو زرعة : لا بأس به . أهـ توفى فى رمضان سنة أربع وستين ومائة .
انظر الميزان جـ٤ ص ٣٠٩ رقم/ ٩٢٥٣ ، وانظر المغنى فى ضبط اسماء الرجال ص ١٨٧ .

(٢٦) قال الدارقطنى : ورواه همام فجعل الاستسعاء من قول قتادة ، وفصله من كلام النبى صلى الله عليه وسلم ، ورواه ابن أبى عروبة وجرير ابن حازم عن قتادة ، فجعل الاستسعاء من قول النبى صلى الله عليه وسلم واحسبهما وهما فيه ، لمخالفة شعبة وهشام وهمام اياهما . أهـ .
جـ٤ ص ١٢٦ كتاب المكاتب ، رقم / ٨ .
وقال فى الحديث رقم/ ١٠ : سمعت النيسابورى يقول : ما أحسن ما رواه همام وضبطه ، وفصل بين قول النبى صلى الله عليه وسلم وبين قول قتادة . أهـ .
قال ابن حجر : وقيل : ان السعاية مدرجة فى الخبر . أهـ بلوغ المرام : ص ٢٦٢ . رقم/ ١٢٢١ .
وفى التعليق المغنى : وبالغ ابن العربى فقال : اتفقوا على أن ذكر الاستسعاء ليس من قول النبى صلى الله عليه وسلم وانما هو من قول قتادة . أهـ
جـ٤ ص ١٢٧ . فى الهامش رقم (١٠) .

قالوا : عبد عتق بعضه ،فوجب عتق الباقي ،كما لو كان المعتق موسرا . (٢٧)

قلنا : الموسر يقوم (٢٨) عليه ، والمعسر لا يقوم عليه (٢٩) ، ولانه لا ضرر على الشريك فى تكميل عتق الموسر ،وعليه ضرر فى تكميل عتق المعسر، (٣٠) ولهذا يجوز للموسر الأخذ بالشفعة (٣١) ولم يجز للمعسر .

---

(٢٧) حيث يجب عليه قيمة باقي العبد لشريكه ويعتق العبد .

بجامع ان كلا عبد عتق بعضه ، اما الاصل فما لو كان المعتق موسرا ، واما الفرع فهو مالو كان معسرا .

ولما كان حكم الاصل وجوب عتق الباقى ، كان حكم الفرع كذلك فيجب عتق باقى العبد وان كان المعتق معسرا .

(٢٨) أى العبد ، من التقويم الذى هو معرفة قيمة الشئ . تقول : قوّم- بواو مشددة - السلعة تقويما . انظر المختار ص ٥٥٧ .

(٢٩) أى باقى العبد .

اى فلا يصح قياس احدهما على الآخر للفارق المذكور.

(٣٠) فى نسخة ((ب)) : الموسر ./ وهو تحريف . وانما كان عليه ضرر فى تكميل المعسر لما فيه من تأخير دفع قيمة نصيبه من العبد ، ولا كذلك الموسر .

(٣١) لقدرته على شراء الشقص المشفوع فيه ، بثمن البيع بخلاف المعسر ، لما فيه من ضرر عدم الدفع الحال للشريك بسبب الاعسار.

قالوا : مالا يتبعض استوى فيه اليسار والاعسار ، كالطلاق.[٣٢]

قلنا : الطلاق صادف ملكا لا حق للغير فيه ،[٣٣] فهو كما لو كان العبد له،[٣٤] والعتق[٣٥] صادف ماللغير فيه حق ، فاختلف فيه اليسار[٣٦] والاعسار.[٣٧]

---

(٣٢) حيث يقع من المعسر والموسر على السواء .
بجامع عدم التبعيض في كل من الاصل وهو الطلاق ، والفرع وهو العتق .
ولما كان حكم الاصل وقوعه من المعسر والموسر على السواء ، كان حكم الفرع كذلك فيقع العتق على العبد وان كان المعتق معسرا أيضا لذلك .

(٣٣) لانه خالص حق الزوج .

(٣٤) أي واعتق بعضه حيث يصح ويسرى العتق الى باقيه سواء كان المعتق موسرا أو معسرا .
بجامع ان كلا صادف ملكا لا حق للغير فيه ، اما الاصل فما لو كان العبد له ، واما الفرع فهو الطلاق .
ولما كان حكم الاصل سريان العتق الى باقي العبد ، سواء كان المالك موسرا أو معسرا ، كان حكم الفرع كذلك فيقع الطلاق على المرأة بكل حال ، موسرا كان الزوج أو معسرا أيضا لذلك .

(٣٥) أي عتق العبد المشترك .

(٣٦) في نسخة ((ب)) : فاختلف فيه الاعسار والايسار.

(٣٧) فيسرى الى باقيه ويقوم على المعتق نصيب شريكه في حال اليسار ، دون الاعسار .
أي وهذا فارق بين الاصل والفرع يبطل به قياسهم المذكور.

* مسألة (٣٥٥) : اذا كان المعتق موسرا[(١)] ، قوم عليه نصيب شريكه ، ومتى يعتق ؟ فيه ثلاثة[(٢)] أقوال : احدهما : فى الحال ، والثانى : بدفع القيمة[(٣)] ، والثالث : موقوف[(٤)] . / ١٨٩ ى .

---

(١) بان ملك ما يفضل عن حاجته وحاجة عياله يوما وليلة ، وعما يحتاجه من مسكن وملبس وخادم .

(٢) فى نسخة ((ب)) : ثلثة . / والالف مقدرة بعد اللام .

(٣) أى بدفع الموسر المعتق قيمة باقى العبد لشريكه .

(٤) فمتى دفع المعتق الموسر نصيب شريكه ، بان ان العتق وقع بالاعتاق .
ويشترط لتقويم نصيب شريكه عليه أربعة شروط :
الأول : أن يكون موسرا بمال فاضل عن قوت يومه ودست ثوب .
الثانى : ان يعتق الموسر باختياره ، فان ورث نصف قريبه فعتق لم يسر .
الثالث : ان لا يتعلق بالسراية حق لازم ، كرهن وكتابة وتدبير واستيلاد .
الرابع : ان يتمكن المعتق من نصيبه أولا ، فلو قال عتقت نصيب شريكي لغا قوله . انظر الوجيز جـ٢ ص ٢٧٤ .
انظر المسألة : المختصر ص ٣١٨ . الأم جـ٤ ص ١١٧ . ولم يرجح النووى فى المنهاج ص ١٥٨ واحدا من هذه الأقوال ، ولا شراح المنهاج أيضا .
وكذا صاحب الوجيز جـ٢ ص ٢٧٤ لم يرجح واحداً منها ، الا أن تقديمه فى الذكر يشعر بتقديمه فى الاعتبار وقد قدم العتق فى الحال كما فعل المصنف هنا .
وذهب الحنابلة الى وقوع العتق فى الحال :
انظر : شرح المنتهى جـ٢ ص ٦٥٠ . كشاف القناع جـ٤ ص ٥٧٢ . المغنى جـ١٠ ص ٢٩٨ .

=

وقال أبو حنيفة : لا يعتق في الحال بل يخير الشريك بين أن يعتق نصيبه وبين أن يقوم على المعتق ، وبين أن يستسعى العبد (٥) .

لنا : ما روى ان رجلا أعتق شقصا له من غلام فرفع ذلك الى النبي صلى الله عليه وسلم فقال : (هو حرّ كله ، ليس لله شريك) (٦) ولان ما وجب

= وبوقوع العتق في الحال يقول المالكية أيضا :
انظر: الشرح الكبير جـ٤ ص ٣٧١ وحاشية الدسوقي عليه . الجواهر: جـ٢ ص ٣٠١ . شرح المنح جـ٤ ص ٥٨٢ .
وبعتقه في الحال يقول ابن حزم أيضا : المحلى جـ١٠ ص ٢٠١ .

(٥) خلافا للصاحبين حيث أوجبا الضمان على الموسر، أي ويعتق العبد في الحال .
انظر: الهداية جـ٤ ص ٢٥٩ . التبيين جـ٣ ص ٧٤ . مجمع جـ١ص ٥١٦ والتي تليها .

(٦) محل الشاهد : قوله : هو حر كله . أي فيعتق للحال .
والحديث رواه أبو داود جـ٤ ص ٢٣ كتاب العتق ، باب فيمن اعتق نصيبا له من مملوك رقم/ ٣٩٣٣ .
ورواه البيهقي جـ١٠ ص ٢٧٣ كتاب العتق ،باب من اعتق من مملوكه شقصا ،
قال المنذري : وأخرجه النسائي وابن ماجه - لم أعثر عليه فيهما - وقال النسائي : ارسله سعيد بن أبي عروبة ، وهشام ابن عبد الله ، وساقه عنهما مرسلا ، وقال : هشام وسعيد اثبت من همام في قتادة ، وحديثه أولى بالصواب .أهـ ثم وثق المنذري أبا مليح راوي الحديث واسمه عمير وقيل زيد ، فقال : وهو ثقة محتج به في الصحيحين ، وأبوه أبو اسامة ابن عمير ، هذلي بصري له صحبة .أهـ مختصر سنن أبي داود جـ٥ ص ٣٩٥ رقم/ ٣٧٧٩ .
ورواه ابن حزم ولم يتعقبه بشئ ، انظر المحلى جـ١٠ ص ٢٥٣ .

تكميله ، كمل في الحال ، كالطلاق والعفو عن القصاص.(٧)

فان قيل : محل الطلاق(٨) والقصاص لا يتبعض ، ومحل العتق يتبعض وهو الملك.(٩)

قيل : الا أن العتق لا يتبعض فهو كالقصاص والطلاق،(١٠) ولا نسه(١١)

---

(٧) حيث اذا أوقع على امرأته بعض طلقة حسبت طلقة ، واذا عفا بعض ورثة دم المقتول سقط القصاص عن القاتل ، وانتقل حق من لم يعف الى الدية .

والجامع في القياس المذكور هو وجوب التكميل ، في كل من الأصل وهو الطلاق والعفو عن القصاص ، والفرع وهو عتق الموسر نصيبه من عبد مشترك .

ولما كان حكم الأصل وقوع الطلاق والعفو المذكورين في الحال ، كان حكم الفرع كذلك ، فيقع العتق في الحال على العبد أيضا لذلك .

(٨) في نسخة ((ب)) : محل القصاص والطلاق . / وهو العصمة في المرأة والنفس في الجاني .

(٩) حيث يمكن تعدد المالكين للعبد فيملك كل منهم بعضه .

والمراد : اثبات وجود فارق بين الأصل والفرع في القياس المذكور لابطاله .

(١٠) حيث اذا عفا بعض الورثة سقط القصاص ، ولا يقع على المرأة بعض طلقة ، بجامع وجوب تكميله في كل من الأصل وهو الطلاق والقصاص ، والفرع وهو العتق .

ولما كان حكم الأصل وجوب تكميله في الحال ، كان حكم الفرع كذلك فيجب تكميل العتق في الحال أيضا لذلك .

(١١) أي عتق الموسر .

عتق يجب تكميله فلا يقف على التقويم . كما لو أعتق بعض أم ولده.(١٢)

فان قيل(١٣) : أم الولد لا تضمن باليد ،(١٤) والتقويم والا ستسعاء تضمين.(١٥)

قيل : عندنا تضمن ،(١٦) ولان تعذر(١٧) التضمين(١٨) يوجب تعذر العتق

---

(١٢) حيث يسرى العتق الى باقيها فى الحال .
بجامع وجوب تكميل العتق فى كل من الاصل وهو عتق بعض أم الولد ، والفرع وهو عتق بعض العبد المشترك .
ولما كان حكم الاصل وقوع العتق فور الاعتاق ، كان حكم الفرع كذلك فيقع العتق على العبد المشترك فور الاعتاق أيضا لذلك .

(١٣) من قوله (فان قيل) الى قوله : (ولان تعذر التضمين) ساقط من نسخة ((ب)) .

(١٤) أى بوضع اليد عليها ، كما لو دخلت تحت يده بالغصب وتلفت عنده ، أى وانما تضمن بالاتلاف ،كالحر ،عند أبى حنيفة ،خلافا للصاحبين لانها متقومة عندهما .
انظر مجمع الأنهر جـ٢ ص ٤٧٠ كتاب الغصب .

(١٥) أى فبين أم الولد والعبد فرق ،أى وبوجود هذا الفارق بينهما يبطل قياس احدهما على الآخر .

(١٦) أى بوضع اليد عليها ، انظر الوجيز جـ٢ ص ٢٩٥ .

(١٧) فى نسخة ((ب)) : كان التبعيض يوجب نفوذ العتق ./ وهو تحريف .

(١٨) أى على فرض القول به .

لا ايقاعه، [١٩] ولأن ماتعلق به حرمة العتق ،اذا وجد من الموسر ، صار نصيب شريكه [٢٠] كنصيبه [٢١] كما لو استولد الجارية المشتركة. [٢٢]

فان قيل : الاستيلاد أقوى، [٢٣] لأنه فعل ، [٢٤] وهذا [٢٥] قول ، [٢٦] ولهذا ينفذ [٢٧] فيما لا ملك له فيه وهو جارية ابنه، [٢٨] والعتق لا ينفذ. [٢٩]

---

(١٩) أى وانتم توقعون العتق ، بالخيارات الثلاث المذكورة أول المسألة، فتناقضتم.

(٢٠) فى نسخة ((ب)) : نصيب الشريك .

(٢١) أى فتتعلق به حرمة العتق ، فيعتق للحال .

(٢٢) حيث تصبح به أم ولد ، ويسرى العتق الى نصيب شريكه فيها ، فيحرم على شريكه أيضا بيعها ، وتعتق بموت السيد ، بجامع تعلق الحرمة به ،فى كل من الاصل وهو استيلاد الجارية المشتركة ، والفرع وهو عتق العبد المشترك .

ولما كان حكم الاصل تبعية نصيب شريكه فيها بحرمة البيع ووجوب العتق بموت السيد ، كان حكم الفرع كذلك فيعتق نصيب شريكه فيه فى الحال أيضا لذلك .

(٢٣) أي من العتق .

(٢٤) لحصوله بوطىء الامة .

(٢٥) أى العتق .

(٢٦) لحصوله بلفظ العتق ،أو نحوه .

(٢٧) أى الاستيلاد .

(٢٨) سقط لفظ (ابنه) من نسخة ((ب)) .

(٢٩) أى فى ملك الغير.أى وبهذا الفارق يبطل قياس العتق على الاستيلاد .

قيل : بل العتق أقوى ، لأن بالعتق تتنجز الحرمة،(٣٠) وبالاستيلاد تثبت حرمة الحرية ، ولأن العتق يصح(٣١) به(٣٢) وبوكيله ، ويصح منه في جماعة(٣٣) في وقت واحد بخلاف الاستيلاد.(٣٤)

قالوا : روي في حديث ابن عمر انه قال : قوم عليه قيمة عدل ، ثم عتق،(٣٥) ثم يكلف عتق مابقي.(٣٦)

---

(٣٠) في نسخة ((ب)) : الحرية . / كلاهما صحيح ، فان الحرمة أي حرمة بيع الرقيق نتيجة لحريته بالعتق ، فاذا اعتبر السبب كان التعبير بالحرية ، واذا اعتبر المسبب كان التعبير بالحرمة .

(٣١) سقط قوله (يصح) من الاصل .

(٣٢) أي بمالك العبد .

(٣٣) أي من العبيد ، بأن اعتقهم بلفظ واحد . بقوله : انتم احرار.

(٣٤) حيث لا يتصور الا على جهة التعاقب.
أي وهذا فارق بين الاصل والفرع في قياسهم العتق على الاستيلاد ، فيبطل به قياسهم المذكور.

(٣٥) في نسخة ((ب)) : وروي : ثم يكلف .

(٣٦) أي ثم يستسعى العبد في عتق باقيه ، والحديث المذكور رواه البيهقي جـ١٠ ص ٢٧٧ كتاب العتق ، باب من قال يعتق بالقول ويدفع القيمة ، من طريق يحيى بن سعيد يقول سمعت نافعا يحدث عن عبد الله بن عمر قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : من أعتق نصيبا في مملوك ، كلف مابقي فاعتقه .
ثم قال البيهقي : وكان نافع يقول : قال يحيى : لا أدري شيئا كان من قبله يقوله ، أم هو شئ في الحديث ، فان لم يكن عنده فقد جاز ماصنع. أهـ
ومراد يحيى بن سعيد: انه متوقف في قول ابن عمر: كلف مابقي ، هل =

قلنا : هو حجة لنا ، لانه لم يخير ،(٣٧) ولأن ثم ، ترد بمعنى الواو،(٣٨) كما قال تعالى (ثم الله شهيد على ماتفعلون) .(٣٩)

قالوا : ازالة(٤٠) ملك عن المال(٤١) فجاز أن يتبعض ، كالبيع والهبة .(٤٢)

= هو قول له ادرجه فى الحديث ، أم انه من قول النبى صلى الله عليه وسلم .
وانظر ترجمة ابن عمر فى المسألة رقم (٤) هامش (٣) .

(٣٧) أى وأنتم تخيرونه بين واحدة من خصال ثلاث. فلم يكن دليلا لكم على ماذهبتم اليه .

(٣٨) أى فيكون معناه : قوم عليه قيمة عدل ، وعتق ، ويكلف عتق مابقى . فدل على أن العتق يقع فى الحال .

(٣٩) فى الأصل (تعملون) والصواب ماأثبتناه . والآية فى سورة يونس ، رقمها / ٤٦ .

(٤٠) صفة لموصوف محذوف تقديره : العتق ازالة ملك .

(٤١) وهو العبد .

(٤٢) حيث يجوز بيع بعض العبد ويجوز هبة بعضه أيضا .
بجامع ازالة الملك عن المال فى كل من الاصل وهو البيع والهبة ، والفرع وهو عتق بعض العبد المشترك .
ولما كان حكم الاصل جواز بيع بعض العبد أو هبة بعضه ، كان حكم الفرع كذلك فيجوز عتق بعض العبد المشترك أيضا لذلك .

قلنا : نقلب : فلا نوجب الضمان على المال ، كالبيع والهبة،(٤٣) ولأن ذلك(٤٤) ازالة ملك ، يتجزى،(٤٥) وهذا(٤٦) لا يتجزى،(٤٧) فهو كالطلاق.(٤٨)

---

(٤٣) حيث لا يجب الضمان على العبد اذا باعه الشريك أو وهبه .
بجامع ازالة الملك عن المال فى كل من الاصل وهو بيع العبد أو هبته ، والفرع وهو عتق بعض العبد المشترك .
ولما كان حكم الاصل عدم وجوب الضمان على العبد ببيعه أو هبته ، كان حكم الفرع كذلك فلا يجب عليه السعاية أيضا لذلك .

(٤٤) فى نسخة ((ب)) : ذلك ./ أى البيع والهبة .

(٤٥) فى نسخة ((ب)) : يتجزأ .

(٤٦) أى العتق .

(٤٧) فى نسخة ((ب)) : يتجزأ .

(٤٨) حيث لا يتجزأ ، فلو طلق امرأته نصف تطليقة حسبت طلقة كاملة .
بجامع ازالة الملك ، فى كل من الاصل وهو الطلاق ، والفرع وهو العتق .
ولما كان حكم الاصل عدم صحة تجزئته ، كان حكم الفرع كذلك فلا يصح تجزئة العتق أيضا لذلك ، فيجب وقوعه فى الحال .
والمراد : ان بين الاصل والفرع فى قياسهم المذكور فارقا ، فيبطل به .

قالوا : اثبت (٤٩) بتصرفه حقا لشريكه ، فكان الحق نقل الملك (٥٠) لا الانتقال (٥١) ، كما لو باع (٥٢) ما فيه شفعة. (٥٣)

قلنا : يبطل اذا استولد الجارية المشتركة (٥٤) ، ولأن

---

(٤٩) أى المعتق الموسر.

(٥٠) أى فكان حق شريكه هو ان ينقل ملك نصيبه فى العبد المشترك بواحدة من الخصال الثلاث .

(٥١) وهو أثر الفعل ، لا أثر العتق ، وهو أن يقع العتق على نصيبه بلا اختيار منه .

(٥٢) أى أحد الشريكين .

(٥٣) حيث يثبت لشريك البائع حق الشفعة فى نقل الملك الى نفسه ، فان شاء أخذ بالشفعة وان شاء ترك ، فلا يصير الشقص المبيع ملكا له وان لم يطلبه بالشفعة .

بجامع ان كلا تصرف ثبت به حق للشريك . اما الاصل فبيع ما فيه شفعة ، واما الفرع فعتق العبد المشترك .

ولما كان حكم الاصل عدم صيرورة الشقص المبيع ملكا لشريكه ، مالم يطلبه بالشفعة ، كان حكم الفرع كذلك فلا يعتق نصيب شريكه مالم يوقعه هو أيضا لذلك .

(٥٤) حيث تصير أم ولد بفعله ، ويسرى العتق الى نصيب شريكه فيها ، لأن الواطئ نقل بالوطئ الى شريكه الانفعال وهو أثر ايقاع شريكه العتق فى نصيبه ، لا الفعل الذى هو حق عتق نصيبه فان شاء اعتق وان شاء لم يعتق .

مع أن الواطئ قد اثبت بالوطئ لشريكه حقا ، فلم يصح جعل ما قالوه علة فى منع وقوع العتق فى نصيب شريك العبد فى الحال .

ذاك[(٥٥)] حق له ، فوقف عليه ،[(٥٦)] والعتق حق لله تبارك وتعالى ، فلم يقف عليه ،[(٥٧)] كما لو اشترى اباه[(٥٨)] .

* مسألة (٣٥٦) : اذا اعتق ستة أعبد فى مرضه لا مال له غيرهم ولم يجز الورثة جمع العتق فى الثلث[(١)] بالقرعة.[(٢)] / ١٨٩ ى .

---

(٥٥) أى ولأن الشفعة حق للشريك .

(٥٦) أى على شريك البائع ، فان شاء أخذ الشقص المبيع بالشفعة ، وان شاء تركه للمشترى .

(٥٧) أى على شريك المعتق . أى وهذا فارق بين الاصل والفرع فى قياسهم العتق على الشفعة ، فيبطل به قياسهم المذكور .

(٥٨) حيث يعتق عليه بلا خيار منه فيه .
بجامع ان كلا حق لله تعالى ، اما الاصل فعتق الأب بشرائه ، وأما الفرع فعتق شريك المعتق نصيبه .
ولما كان حكم الاصل وقوع العتق عليه بنفس الشراء ، كان حكم الفرع كذلك فيعتق باقى العبد بنفس عتق الشريك أيضا لذلك .

(١) فى نسخة ((ب)) : فى الستة . / وهو تحريف .

(٢) بضم القاف واسكان الراء : مأخوذة من قرعته : اذا كففته ، كأنه يكف الخصوم بذلك ، ومنه سميت المقرعة ، لأنه يكف بها الدابة . أهـ النظم المستعذب جـ٢ ص ٥ .
والقرعة هنا : أن يؤخذ ثلاث رقاع متساوية يكتب فى ثنتين منها كلمة : رق ، وفى الثالثة كلمة : عتق ، ثم تدرج فى صندوق ، ثم تخرج واحدة من الثلاث ، باسم عبدين من ستة ، فان خرجت ورقة العتق عتقا ، ووقع الرق على الباقى ، واذا خرجت ورقة الرق ، وقع الرق عليهما ، ثم =

وقال أبو حنيفة : يعتق من كل واحد ثلثه.(٣)

لنا : ماروى عمران بن الحصين(٤) أن رجلاً أعتق ستة أعبد عند موته لم يكن له غيرهم فبلغ ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال للرجل قولا

= ثم اخرجت ورقة اخرى من الصندوق باسم عبدين اخرين ، وهكذا.
انظر المنهاج ص ١٥٨.
ومحله: اذا كان العبيد الستة متساوين في القيمة.
وانظر المسألة في : الأم جـ٤ ص ٩٥. المختصر ص ٣٢٠. المنهاج : ص ١٥٨. ومغني المحتاج جـ٤ ص ٥٠٢.
وهو قول الحنابلة أيضا ، ومحله : اذا تساوت قيمتهم.
انظر : شرح المنتهى جـ٢ ص ٦٦٠ والتي تليها. كشاف القناع جـ٤ ص ٥٨٨ المغني جـ١٠ ص ٣١٨ والتي تليها.
واليه ذهب المالكية أيضا :
انظر: الشرح الكبير جـ٤ ص ٣٧٨. الجواهر جـ٢ ص ٣٠٣. شرح المنح جـ٤ ص ٥٩٠.
وبه يقول ابن حزم : انظر المحلى جـ١٠ ص ٤٢٥ والتي تليها.

(٣) المبسوط جـ٧ ص ٧٥. وانظر الهداية جـ٩ ص ٣٨٩. ومجمع الأنهر جـ٢ ص ٧٠٦.

(٤) هو عمران بن الحصين بن عبيد بن خلف بن عبد نهم الخزاني ، يكنى أبا نجيد بنون بعدها جيم ، مصغر ، كان اسلامه عام خيبر ، غزا مع النبي صلى الله عليه وسلم عدة غزوات ، وكان صاحب راية خزاعة يوم الفتح ، وقال الطبراني : اسلم قديما هو وأبوه واخته. أهـ روى عنه ابنه نجيد وأبو الاسود الدؤلي وأبو رجاء العطاردي وغيرهم ، بعثه عمر الى البصرة ليفقه أهلها ، =

شديدا، (٥) ودعاهم فجزأهم فأقرع بينهم فاعتق اثنين وأرق أربعة. (٦)

= وولى قضاء البصرة لعبد الله بن عامر فأقام اياما ثم استعفاه ،
وقال ابن سعد : استقضاه زياد ثم استعفاه فأعفاه .أهـ
اعتزل الفتنة ايام على ومعاوية ، وكان مجاب الدعوة ، توفى سنة اثنتين وخمسين وقيل ثلاث .
انظر الاصابة جـ٣ ص ٢٦ رقم/ ٦٠١٠ .

(٥) بين ذلك أبو داود كما سيأتى فى تخريجه وهو قوله : لو شهدته قبل أن يدفن لم يدفن فى مقابر المسلمين .أهـ . انظر هامش رقم (٦) الآتى .

(٦) رواه مسلم جـ٣ ص ١٢٨٨ كتاب الايمان ، باب من اعتق شركا له فى عبد ، رقم / ٥٦ .
ولفظه : عن عمران بن الحصين أن رجلا اعتق ستة مملوكين له عند موته ، لم يكن له مال غيرهم ، فدعا بهم رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فجزأهم اثلاثا ، ثم اقرع بينهم ، فاعتق اثنين ورق أربعة ، وقال له قولا شديدا .أهـ.
وبين فى الحديث الذى يليه رقم/ ٥٧ ان الرجل كان من الأنصار .
ورواه أبو داود جـ٤ ص ٢٨ كتاب العتق ، باب فيمن اعتق عبيدا له لم يبلغهم الثلث . رقم/ ٣٩٥٨ .
وفى الحديث رقم/ ٣٩٦٠ بيان ان الرجل كان انصاريا ، وان القول الشديد هو قوله : لو شهدته قبل أن يدفن لم يدفن فى مقابر المسلمين .أهـ ورواه الترمذى جـ٣ ص ٦٤٥ كتاب الأحكام ، باب ماجاء فيمن يعتق مماليكه عند موته ، وليس له مال غيرهم . رقم/ ١٣٦٤ .
ثم قال : حديث حسن صحيح .أهـ.

فان قيل : يحتمل انه جزأهم ثلاثة[٧] اجزاء ، فأعتق الثلث مشاعا فيهم[٨] ، وقوله أقرع ، أي ضرب[٩] بالعتق بالثلث .

قيل : العتق في الثلث الشائع ، لا يحتاج الى فعله[١٠] ، ولانه لم يجر ذكر الاجزاء[١١] ، وانما جرى ذكر العبيد ، فوجب أن يكون اعتق اثنين منهم وارق أربعة منهم ، ولأن في الضرب يقال : قرع[١٢] ولا يقال : أقرع[١٣] ، ثم لا يقال : قرع مع الغرماء[١٤] ، ولا يحتاج الى الاقراع فيما قالوا[١٥] ، ولأن العتق

---

(٧) في نسخة ((ب)) : ثلثه ./ بتقدير ألف بعد اللام .

(٨) في الأصل : منهم ، وفي نسخة ((ب)) : مبهم ./ وكلاهما مصحف . والصواب ما أثبتناه .

(٩) من قولهم : ضربت مع القوم بسهم ، اذا ساهمت معهم . انظر المصباح جـ٢ ص ٤ .

(١٠) أي التجزئة ، واجراء القرعة .

(١١) أي في لفظ الحديث .

(١٢) أي اذا كان هو واحدا منهم .

(١٣) لأن هذا اللفظ موضوع لمن اجرى القرعة بين اناس ، ولم يكن هو واحدا منهم .
ففي المصباح جـ٢ ص ١٥٧ : واقرعت بينهم اقراعا : هيأتهم للقرعة على شئ . أهـ

(١٤) أي وانما يقال : اقرع بينهم ، قال في المختار ص ٥٣١ : واقرع بينهم من القرعة . أهـ

(١٥) أي في قولهم : يعتق من كل عبد ثلثه . وانما لم يحتج الى الاقراع لأن الجميع قد لحقه بعض العتق ، والقرعة انما تكون لتخصيص بعض المقترعين دون بعض .

فى المرض وصية ، (١٦) ولا يجوز أن يسلم للموصى له الثلث حتى يسلم للورثة الثلثان ، وعند هم يعتق ثلث العبيد ولا يسلم للورثة شئ ، (١٧) ولا يلزم اذا ابرأه من الدين ، ولم يجز (١٨) الورثة ، (١٩) فان من أصحابنا من قال : لا يبرأ (٢٠) حتى يدفع الى الورثة الثلثين ، وان سلم (٢١) فلأن الدين لا يمكن قبضه . (٢٢) ولأن القصد بالعتق (٢٣) تكميل الأحكام ، (٢٤) ولا يمكن بالسعاية ، لما فيه من الاضرار بالعبد وبالورثة ، فكمل الجميع. (٢٥)

---

(١٦) أى فيجب أن يأخذ حكمها ، كما سيذكره الآن .

(١٧) انظر المبسوط جـ ٧ ص ٧٥ .
أى وهذا يخالف حكم الوصية ، فكان باطلا . ولأن هذا فى معنى ابطال حق الورثة لما فيه من تأخير حقهم فى الثلثين حتى يستسعى فيهما العبيد وحصولهم على مال السعاية غير مؤكد .

(١٨) غير موجودة فى نسخة ((ب)) لسقوط الورقة فى هذا الموضع من النسخة .

(١٩) حيث يجوز له ذلك قبل تسليم الورثة الثلثين .

(٢٠) فى الأصل (يبرئ) والأولى ما أثبتناه ، لأن ما قبل الهمزة مفتوح ، فوجب أن تكون الهمزة على الألف . وفاعل يبرأ هو العبد .

(٢١) أى بأن له الابراء قبل تسليم الورثة الثلثين .

(٢٢) لأن الابراء اسقاط ، فلا يمكن فيه القبض . بخلاف العتق .

(٢٣) أى عتق اثنين من الستة ، لا عتق الثلث من كل عبد من الستة .

(٢٤) بأن يصير العبد كامل الأهلية للاداء والوجوب ، كالاحرار .

(٢٥) أى فوقع العتق على جميع العبد ، لا على ثلثه .

قالوا : قد أوصى لهم بأنفسهم ، فلا يجمع لاثنين منهم ، كما لو رضى به لستة اثنين . (٢٦)

قلنا : نقلب فنقول : فاذا رد فيما (٢٧) زاد على الثلث لم يجز انفاذ ما رد بالعوض ، (٢٨) كما لو وصى به (٢٩) لستة (٣٠) ولأن القصد فى

---

(٢٦) لعلها : أواثنين .
حيث لا يجوز جمع العتق لبعض الستة أو أحد الاثنين .
بجامع الوصية لهم بأنفسهم فى كل من الأصل وهو مالو رضى بعتق الستة .
والفرع وهو مالو اعتق الستة ولم يجز الورثة ذلك .
ولما كان حكم الاصل عدم جمع العتق لاثنين منهم ، كان حكم الفرع كذلك فلا يجمع لاثنين من الستة أيضا لذلك .

(٢٧) أى الورثة . بأن لم يجيزوا عتق الستة .

(٢٨) بأن يدفع عوض العبيد الذين لم يتناولهم العتق لعدم دخولهم فى الثلث .

(٢٩) أى بالعتق .

(٣٠) أى ورد الورثة مازاد على الثلث ، حيث لا يجوز انفاذ مارده الورثة ببذل العوض فيه .
بجامع الوصية لهم بأنفسهم ، فى كل من الاصل وهو مالو وصى بالعتق لستة انفس ، والفرع وهو مالو اعتق ستة فى مرض موته .
ولما كان حكم الاصل عدم نفاذ مازاد على الثلث بالعوض ، كان حكم الفرع كذلك فلا ينفذ مازاد عن الثلث فيه أيضا لذلك .

الأصل[٣١] تمليك المال ، وذلك تحصيل من غير جمع ، وها هنا[٣٢] القصد العتق ومقصوده لا يحصل الا بالجمع ،[٣٣] ولانه ليس في ذلك تأخير حق الورثة ، وفي هذا تأخير حق الورثة[٣٤] .

قالوا : لا يملك[٣٥] الا الثلث ، فصار كما لو لم يملك من كل واحد الا الثلث[٣٦] .

قلنا : لأن هناك[٣٧] التكميل في ملك الغير[٣٨] وها هنا[٣٩] التكميل

---

(٣١) أي في قياسهم ، وهو ما لو رضي بالعتق لستة أو اثنين .

(٣٢) أي في حال عتق الستة .

(٣٣) أي بايقاع العتق كاملا على العبد .

(٣٤) أي وبهذين الفارقين بين الاصل والفرع يبطل قياسهم المذكور.

(٣٥) أي المريض مرض الموت. وهو معتق الا عبد الستة هنا .

(٣٦) حيث يعتق من كل واحد منهم ثلثه فقط .
بجامع عدم جواز التصرف في أكثر من الثلث ، في كل من الأصل وهو مالو لم يملك من كل عبد الا ثلثه ، والفرع وهو مالو ملك الا عبد الستة واعتقهم في مرضه .

ولما كان حكم الاصل وقوع العتق على ثلث كل واحد منهم ، كان حكم الفرع كذلك فيعتق من كل عبد من الستة ثلثه أيضا لذلك .

(٣٧) أي فيما لو لم يملك الا الثلث من كل عبد .

(٣٨) أي ولذلك اقتصر العتق على ثلث كل واحد منهم فقط.

(٣٩) أي فيما لو اعتق ستة اعبد لا مال له غيرهم ، وامتنع الورثة عن انفاذه .

في ملكه ، (٤٠) ولهذا لو اعتق اثنين منهم في حياته (٤١) جاز ، بخلاف ماقاسوا عليه (٤٢) .

قالوا : لو اعتق من كل واحد الثلث ، لم يجمع ، (٤٣) فكذلك اذا جمع (٤٤) .

قلنا : لأن هناك (٤٥) قصد التجزئة فجزئ ، وهاهنا (٣٦) قصد الجمع فجمع (٤٧) .

قالوا : نقل حرية (٤٨) من شخص (٤٩) الى شخص بالقرعة ، وهذا لا يجوز (٥٠) .

---

(٤٠) أي فوجب جمع العتق في اثنين من الستة ، لانه ثلث ماله الذى يجوز للمريض التصرف فيه .

(٤١) أي في غير مرض الموت .

(٤٢) وهو ما اذا لم يملك من كل عبد الا ثلثه . أي فانه لا يجوز له عتق اثنين منهم ، لانه يملك بعض كل واحد منهم فقط .

(٤٣) أي لم يجمع العتق في اثنين منهم ، دون الباقي .

(٤٤) بأن أوقع العتق عليهم جميعا ، فلا يجمع العتق في اثنين منهم أيضا .

(٤٥) أي فيما اذا اعتق من كل واحد ثلثه .

(٤٦) أي فيما اذا اعتق الا عبد الستة .

(٤٧) أي في اثنين من الستة.

أي فهذا فارق بين الاصل والفرع يبطل به قياسهم المذكور.

(٤٨) وهي الموجودة في ثلث كل عبد من الستة .

(٤٩) في الأصل (في شخص) والأولى ما أثبتناه .

(٥٠) لما فيه من تفويت الحرية عليه ، مع كونها مطلب شرعي .

قلنا : لا ينقل بالقرعة ، بل تبين بالقرعة ان الذى نفذ فيه العتق هذان ، كما قالوا انه اعتق الجمع (٥١) ، ثم بالرد (٥٢) فى بعض تبينوا أن العتق نفذ فى الثلث. (٥٣)

قالوا : القرعة لا تميز الرق من العتق .

قلنا : وكذلك لا تميز نصيب زيد من نصيب عمرو ثم يرجع اليها فى تمييز الاملاك .

قالوا : لو جاز التمييز بالقرعة فى العتق، لجاز فى الطلاق. (٥٤)

قلنا : يجوز أن يميز فى شئ دون شئ ، كما يميز به الاملاك دون الابضاع. (٥٥)

* مسألة (٣٥٧) : لا يعتق بالقرابة غير الوالدين والمولودين (١) . / ١٨٩ ش.

---

(٥١) أى جميع الستة .

(٥٢) أى رد الورثة انفاذ العتق فيما زاد على الثلث .

(٥٣) لانه يملك التصرف به فى مرض موته .

(٥٤) بأن اذا طلق احدى زوجاته ، ثم نسى ايتهن المطلقة ، فانه لا يجوز له اجراء القرعة عليهن ، لتعيين من يقع عليها الطلاق .

(٥٥) لأن حرمة المال اضعف من حرمة البضع .

فالملك يثبت مع الشبهة ولا كذلك البضع فانه يحرم مع الشبهة ، احتياطا له .

(١) ومحله اذا كان المالك لهم أهلا للتبرع ، بأن كان عاقلا بالغا غير محجور عليه .

وسواء كان الوالدين أو المولودين ذكورا أو اناثا ، كان ملكه اياهم باختياره أم لا كما فى الميراث ، وسواء اتحد دينهما أم لا ، علوا أم سفلوا .

انظر الأم جـ٤ ص١١٦ . المختصر ص ٣٢١ . المنهاج ص ١٥٨ . الوجيز : جـ٢ ص ٢٧٥ .

=

وقال أبو حنيفة : يعتق كل ذى رحم محرم .(٢)

= وذهب المالكية الى دخول الاخوة مطلقا أيضا ،اشقاء أو لاب أو لام ،فى المشهورعندهم .

وذهب ابن وهب الى دخول العم أيضا .

وقيل : يدخل فيه كل ذى رحم محرمة أيضا .

ومحله : اذا كان المالك رشيدا ،كما نص عليه الدردير ،لكن تعقبه الدسوقى فقال : فيه نظر، بل لا فرق بين الرشيد وغيره فى العتق بالقرابة .أهـ

ومحله أيضا : مالم يكن على مشتريه دين ،والا بان كان عليه دين فلا يعتق عليه بنفس الشراء ،بل يباع فى دينه ، خلافا لاشهب حيث قال: يعتق بكل حال . وقيل غير ذلك .

انظر: الشرح الكبير : جـ٤ ص ٣٦٦ والتى تليها وحاشية الدسوقى عليه . القوانين ص ٤٠٩ . شرح المنح ص ٥٧٦ والتى تليها .

(٢) أى وكانت محرميته بالقرابة ،لا بالرضاع .

سواء كان المالك صبيا أو مجنونا .

وذووا الرحم المحرم ،هم : كل من ولده من جهة أم أوجدة ،أو جد أو أب، وكل من ولده هو من جهة ولد أو ابنة ،والاعمام والعمات ، وان علوا ،كيف كانوا لام أو لاب ، والاخوات والاخوة كذلك .

وكذا -من نالته ولادة أخ أو اخت بأى جهة كانت .أهـ المحلى : جـ١٠ ص ٢١٩ .

بمعنى انه : كل من لو قدر احدهما ذكرا والاخر انثى حرم عليه نكاحه للنسب ، فهو من ذوى الرحم المحرم .

انظر المسألة فى : الهداية جـ٤ ص ٢٤٧ . التبيين جـ٣ ص ٧٠ . مجمع الأنهر جـ١ ص ٥٠٢ . =

لنا : هو انه لا يتعلق بها رد الشهادة ولا تجب بها النفقة مـــــع اختلاف الدين ، فأشبه قرابة ابن العم ، (٣) أولا بعضية بينهما فلا يعتق عليـــه بالقرابة ، كابن العم ، (٤) ولانه لو استحق المعتق عليه بالقرابة ، لمنع من بيعـــه

= وهو قول الحنابلة أيضا ، سواء كان المالك رشيدا أم لا .
ومحله أيضا : اذا كانت المحرمية بنسب لا برضاع .
انظر : شرح المنتهى جـ٢ ص ٦٤٩ . كشاف القناع جـ٤ ص ٥٦٨ . وذكر في المحرر جـ٢ ص ٤ رواية أخرى بانه لا يعتق عليه الا عمودا النســـب فقط .
وبعتق ذي الرحم المحرم بالملك يقول ابن حزم أيضا . انظر المحلـــى : جـ١٠ ص ٢١٩ .

(٣) حيث لا يعتق عليه بالملك .
بجامع ان كلا قرابة لا يتعلق رد الشهادة ولا تجب بها النفقة مـــــع اختلاف الدين ، اما الاصل فابن العم ، واما الفرع فغير الوالديـــن والمولودين من ذوي الرحم المحرم .
ولما كان حكم الاصل عدم عتقه عليه بامتلاكه ، كان حكم الفرع كذلـــك فلا يعتق غير الوالدين والمولودين بالملك أيضا لذلك .

(٤) حيث لا يعتق على قريبه بالملك .
بجامع انعدام البعضية بينهما في كل من الاصل وهو ابن العـــم ، والفرع وهو غير الوالدين والمولودين من ذوي الرحم .
ولما كان حكم الاصل عدم عتقه على قريبه بالملك ، كان حكم الفـــرع كذلك فلا يعتق غير الوالدين والمولودين بالملك أيضا لذلك .

اذا اشتراه وهو مكاتب ،كالوالد (٥) والولد . (٦)

قالوا : روى الحسن (٧) عن (٨) سمرة (٩) عن النبى صلى الله عليه وسلم

---

(٥) سقطت الألف من (الوالد) فى الأصل .

(٦) حيث يمنع من بيع الوالد أو الولد اذا اشتراه وهو مكاتب .
أى والحال انه لا يمنع من بيع غير الوالدين والمولدين اذا اشتراهم وهم مكاتبون . فدل على أنهم لا يستحقون عليه العتق بالملك .

(٧) هو ابن يسار البصرى .
انظر ترجمته فى المسألة رقم (٣٠٣) هامش (٢٣) .

(٨) فى نسخة ((ب)) : الحسن بن سمرة . / وهو تحريف .

(٩) هو ابن جندب بن هلال بن جريج بن مرة الفزارى ، يكنى ابا سليمان .
كان من حلفاء الأنصار ، قدمت به امه بعد موت أبيه ، فتزوجها رجل من الأنصار ، كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يعرض غلمان الأنصار ليميز القادر منهم على القتال من غيره ، فمر به غلام فاجازه فى البعث ، وعرض عليه سمرة فرده ، فقال سمرة : لقد اجزت هذا وردتنى ، ولو صارعته لصرعته ، قال : فدونكه ، فصارعه فصرعه سمرة فاجازه ، كان زياد يستخلفه على البصرة اذا سار الى الكوفة ، وكان شديدا على الخوارج فكانوا يطعنون عليه . توفى قبل سنة ستين .

انظر الاصابة جـ٢ ص ٧٨ رقم / ٣٤٧٥ .

انه قال : (من ملك ذا رحم محرم فهو حر)(١٠) .

---

(١٠) رواه أبو داود جـ٤ ص٢٦ كتاب العتق ، باب فيمن ملك ذا رحم محرم . رقم/ ٣٩٤٩ .
من طريق حماد بن سلمة عن قتادة عن الحسن عن سمرة مرفوعا .
وقال : ولم يحدث ذلك الحديث ، الا حماد بن سلمة ، وقد شك فيه . أهـ
ورواه الترمذى جـ٣ ص٦٤٦ كتاب الأحكام ، باب ما جاء فيمن ملك ذا رحم محرم رقم/ ١٣٦٥ .
ثم قال : هذا حديث لا نعرفه مسندا ، الا من حديث حماد بن سلمة . أهـ
ورواه ابن ماجه جـ٢ ص٨٤٣ ، كتاب العتق ، باب من ملك ذا رحم محرم فهو حر . رقم / ٢٥٢٤ عن حماد بن سلمة عن قتادة وعاصم عن الحسن عن سمرة مرفوعا .
قال على بن المدينى : هو حديث منكر . وقال البخارى : لا يصح . أهـ
التلخيص جـ٤ ص٢١٢ رقم/ ٢١٤٩ .
ورواه ابن ماجه أيضا رقم / ٢٥٢٥ من طريق ضمرة بن ربيعة عن سفيان عن عبد الله بن دينار عن ابن عمر مرفوعا ، به .
قال فى الزوائد : فى اسناده من تكلم فيه . أهـ ابن ماجه جـ٢ ص٨٤٤ . رقم / ٢٥٢٥
ورواه الترمذى أيضا جـ٣ ص٦٤٧ ثم قال : ولم يتابع ضمرة على هذا الحديث وهو حديث خطأ عند أهل الحديث . أهـ .
وقال البيهقى : وهم فيه ضمرة . والمحفوظ بهذا الاسناد : نهى عن بيع الولاء وعن هبته . أهـ جـ١٠ ص٢٨٩ كتاب العتق ، باب من يعتق بالملك .
وقد تعقبه فى ذلك صاحب الجوهر النقى واثبت صحة الحديث ، =

قلنا : شك [١١] حماد بن سلمة في سمرة [١٢]، ولأن الحسن لم يصح سماعه من سمرة الا حديث العقيقة فانه سمعه منه بكابل [١٣]. ثم نحمله على الوالد والولد [١٤].

= ونفى أن يكون لانفراد ضمرة به اثر في ضعف الحديث . ومثل ذلك قال ابن حزم .

انظر المحلى جـ١٠ ص ٢٢٣ .

وقال ابن حجر : وصححه - أي من طريق ضمرة - ابن حزم وعبد الحق وابن القطان . أهـ

التلخيص جـ٤ ص ٢١٢ رقم/ ٢١٤٩ .

(١١) في نسخة ((ب)) : يشك .

(١٢) أي في ذكره في سند هذا الحديث . يريد انه مرسل .
وانظر ترجمة حماد بن سلمة في المسألة رقم (٢٩٤) هامش (١٢) .

(١٣) وهي عاصمة افغانستان التي سلبها الاتحاد السوفياتي في جملة ما سلب من بلدان المسلمين .
وكابل هي اشهر مدن بلاد الافغان ، ترتفع عن سطح البحر نحو مائتي متر ، وهي مشهورة بتجارتها مع الهند والفرس .
انظر دائرة القرن العشرين جـ٨ ص ٤ .
وفي سماع الحسن من سمرة ثلاثة أقوال :
الأول : لم يسمع منه قط .
الثاني : سمع منه مطلقا . وهو رأي علي بن المديني والترمذي .
الثالث : سمع منه حديث العقيقة فقط . وهو رأي ابن معين . انظر نيل الأوطار جـ٧ ص ١٢ ، و جـ٢ ص ١٢٨ .

(١٤) فانه ذا رحم محرم .

قالوا : صلة الرحم بهذه القرابة واجبة ، والدليل عليه قوله صلى الله عليه وسلم : (لا تنكح المرأة على عمتها ولا على خالتها ، فانكم اذا فعلتم ذلك قطعتم الرحم) (١٥) فصار كالولادة. (١٦)

---

(١٥) رواه الطبراني من حديث ابن عباس مرفوعا بهذه الزيادة ، ولفظه فانكم اذا فعلتم فقد قطعتم أرحامكم . أهـ . نصب الراية جـ٣ ص ١٧٠ .

واصله في الصحيحين :

اما البخاري فرواه في كتاب النكاح ، باب لا تنكح المرأة على عمتها ، عن أبي هريرة مرفوعا : لا يجمع بين المرأة وعمتها ولا بين المرأة وخالتها . أهـ جـ٣ ص ٢٤٥ .

واما مسلم فرواه في كتاب النكاح ، باب تحريم الجمع بين المرأة وعمتها أو خالتها في النكاح . رقم / ٣٣ عن أبي هريرة .

زاد في الدراية جـ٢ ص ٥٦ رقم / ٥٣٤ : وصححه ابن حبان . أهـ . أي بهذه الزيادة .

وذكر في التلخيص ان ابن حبان وابن عدي ، روياه من حديث ابي حريز عن عكرمه عن ابن عباس بلفظ : انكم اذا فعلتم ذلك قطعتم ارحامهن .

ثم قال : وأبو حريز بالمهملة والراء ثم الزاي ، اسمه عبد الله بن حسين ، علق له البخاري ، ووثقه ابن معين وأبو زرعة ، وضعفه جماعة ، فهو حسن الحديث . أهـ التلخيص جـ٣ ص ١٦٧ رقم / ١٥٢٦ ، باب موانع النكاح .

(١٦) حيث توجب العتق بالملك .

بجامع وجوب صلة الرحم بتلك القرابة ، في كل من الاصل وهو قرابة الولادة والفرع وهو قرابة الرحم .

ولما كان حكم الاصل وجوب العتق عليه بالملك ، كان حكم الفرع كذلك فيجب العتق في كل ذي رحم محرم أيضا لذلك .

قلنا : ان وجبت الصلة من هذا الوجه الا[١٧] انها لا تجب فى تحريم منكوحة احدهما على الآخر[١٨] ولا فى القصاص ، وحدّ القذف[١٩]، ولا فى وجوب النفقة فى الكسب[٢٠] ولا فى السفر بغير اذنه[٢١] بخلاف الولادة ، فانه يجب بها صلة الرحم فى جميع الحقوق ،[٢٢] فأوجب العتق ، ولان الولادة قرابة بعضية ، فيصير كما لو ملك بعض نفسه ،[٢٣] وهذه قرابة مجاورة ، فيصير كما لو ملك غيره.[٢٤]

قالوا : ولانه منع من نكاحها[٢٥] لما فيه من الابتذال والاذلال بعقد

---

(١٧) سقط حرف (الألف) من قوله (الا) من الأصل . والصواب ماأثبتناه من نسخة ((ب)) .

(١٨) فى نسخة ((ب)) : على الاخرى .

(١٩) بل يقتل الأخ بأخيه ، ويحد بقذفه . مع وجوب صلة الرحم عليه بتلك القرابة .

(٢٠) أى اذا كان القريب قادرا على الكسب .

(٢١) فى الاصل (بغير أبيه) وهو تحريف .

(٢٢) فبطل قياسهم للفارق المذكور بين الاصل والفرع فيه .

(٢٣) أى وكان عبدا ، حيث يجب عليه السعاية فى عتق باقيه .

(٢٤) أى غير ذى الرحم المحرم ، حيث لا يعتق عليه قطعا .
أى وهذا فارق آخر بين الاصل والفرع فى قياسهم يتأكد به بطلانه .

(٢٥) أى ذات الرحم المحرم .

النكاح ، كما منع الكافر من نكاح المسلمة ،لهذا المعنى ،والذل بدوام الملك أعظم فهو بالمنع أولى .

قلنا : تحريم النكاح يتعدى من القرابة الى اللبن فى الرضـــــاع [٢٦] ، وتحريم الملك لا يتعدى [٢٧] .

* مسألة (٣٥٨) : اذا قال لأمته : انت طالق ونوى العتق ،عتقت [١] . / ١٩٠ ى .
وقال أبو حنيفة : لا يعتق [٢] .

لنا : هو انه نوع [٣] ملك يبيح الوطء أو ينقطع بدعوة [٤] النسب فجـاز

---

(٢٦) أى فكانت الحرمة فيه أقوى .

(٢٧) أى فافترق الاصل والفرع ،وبه يبطل قياسهم المذكور .

(١) المنهاج ص ١٥٧ . شرح المحلى جـ٤ ص ٣٥١ . مغنى المحتـاج : جـ٤ ص ٤٩٣ .
وهو قول الحنابلة أيضا :
انظر: شرح المنتهى جـ٢ ص ٦٤٩ . كشاف القناع جـ٤ ص ٥٦٧ . وذكر فى المغنى جـ١٠ ص ٢٩٥ رواية اخرى انها لا تعتق .
واليه ذهب المالكية :
انظر: حاشية الدسوقى جـ٤ ص ٣٦٢ والشرح الكبير ص ٣٦٤ . بلغـة السالك جـ٢ ص ٤٤٤ . شرح المنح جـ٤ ص ٥٧٤ .
ويشبه أن يكون هذا قول ابن حزم أيضا . انظر المحلى جـ١٠ ص ٢٢٨ .

(٢) الهداية جـ٤ ص ٢٤٤ . التبيين جـ٣ ص ٦٨ . مجمع الأنهر جـ١ ص ٥٠٨ .

(٣) أى الاسترقاق .

(٤) بكسر الدال المهملة . وفى نسخة ((ب)) : بدعوى . / وكلاهما صحيح . انظر المختار ص ٢٠٥ .

أن يزال بلفظ الطلاق كالنكاح (٥) ، ولانه لفظ يتضمن معنى العتق (٦) فصار كقوله : لا سبيل لي عليك (٧) ، والدليل على الوصف : ان العتق اطلاق من جنس

---

(٥) حيث يجوز حله بلفظ الطلاق .
بجامع ان كلا نوع ملك يبيح الوطء أو ينقطع بدعوى النسب ، اما الأصل فالنكاح ، واما الفرع فالاسترقاق .
ولما كان حكم الاصل جواز حله بلفظ الطلاق ، كان حكم الفرع كذلك فيجوز ازالة الملك عن الأمة بلفظ الطلاق أيضا لذلك .

(٦) لما مرّ ان العتق يعني الامتناع والانفصال ، كما يقال عتاق الطير ، بكسر العين المهملة ، أي الجوارح منها ، لانها ممتنعة بجناحها وظفرها . انظر ماذكرناه في مدخل كتاب العتق .
وقيل للكعبة : البيت العتيق ، لما انها ممتنعة من الجبابرة ، وقيل : ممتنعة عن الدخول في ملك أحد . انظر المفردات ص ٣٢١ .

(٧) حيث يعتق العبد به .
بجامع تضمنه معنى العتق في كل من الاصل وهو قوله : لا سبيل لي عليك .
والفرع وهو قوله لامته : انت طالق .
ولما كان حكم الاصل وقوع العتق به ، كان حكم الفرع كذلك فيقع العتق بلفظ الطلاق ان نواه أيضا لذلك .

الملك ، لانه (٨) لفظ وضع لا زالة ملك بنى (٩) على التغليب ، (١٠) فكان كناية فى مثلـه كالعتق . (١١)

فان قيل : العتق وضع لا قوى الملكين ، وهو ملك الرقبة ، فعمل فى الأضعف (١٢) كلفـظ البيع فى الاجارة ، (١٣) والطلاق وضع لا ضعف الملكين ، (١٤) فلـم

---

(٨) أى لفظ الطلاق .

(٩) فى نسخة ((ب)) : ملك بنى آدم ./. وهى زيادة لا محل لها هنا.

(١٠) أى على الدوام غالبا .

(١١) حيث يكون كناية فى الطلاق . فاذا قال لامرأته اعتقتك ، ونوى به الطلاق وقع .
بجامع ان كلا لفظ وضع لا زالة ملك بنى على التغليب ، اما الاصل فالعتـق واما الفرع فالطلاق .
ولما كان حكم الاصل حل النكاح به مع النية ، كان حكم الفرع كذلك فيحـل به الملك عن الأمة مع النية أيضا لذلك .

(١٢) وهو النكاح ، أى فانحل النكاح به لجواز تأثير الاقوى فى الأضعـف ، ولا عكس .

(١٣) حيث يصح به عقد الاجارة . لانها نوع بيع .
بجامع ان كلا وضع لا قوى الملكين ، اما الاصل فلفظ البيع فى الاجـارة ، واما الفرع فلفظ العتق فى الطلاق .
ولما كان حكم الاصل انعقاد الاجارة بلفظ البيع ، كان حكم الفرع كذلـك فيقع العتق بلفظ الطلاق أيضا لذلك .

(١٤) وهو الملك بالنكاح .

يعمل في الأقوى، (١٥) كلفظ الاجارة في البيع . (١٦)

قيل : لو صح هذا لوقع الطلاق بلفظ العتق من غير نية ، (١٧) ولأن النكاح كملك الرقبة ، (١٨) بدليل : انه لا يقبل التوقيت ، (١٩) ويمنع الكافر منه (٢٠) من المسلمة (٢١) ،كما يمنع من ملك الرقبة ، (٢٢) ويجب بدله (٢٣) ،بالعقد ،

---

(١٥) وهو الملك بالرق .

(١٦) حيث لا ينعقد البيع بلفظ الاجارة .
بجامع ان كلا لفظ وضع لاضعف الملكين ، اما الاصل فالاجارة في البيع ، واما الفرع فالطلاق في العتق .
ولما كان حكم الاصل عدم صحة انعقاده به ،كان حكم الفرع كذلك فلا يقع العتق بلفظ الطلاق أيضا لذلك .

(١٧) أي والحال انه لا يقع بدونها ،فبطل التعليل الذى ذكروه به .

(١٨) أي في القوة .

(١٩) كأن ينكح امرأة لشهر مثلا ، كما هو الحال في نكاح المتعة . وهو حرام عند جماهير أهل العلم .

(٢٠) سقط قوله (منه من المسلمة) من نسخة ((ب)) .

(٢١) لما فيه من استعلاء الكفر على الايمان ، والاسلام يعلو ولا يعلى .

(٢٢) لان في امتلاكه لرقبة المسلم اذلالا وتفويتا لواجبات شرعية ،وفيه نفوذ وتحكم في المسلم ،وقد قال تعالى : (ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا) سورة النساء آية / ١٤١ .

(٢٣) وهو الصداق .

كما يجب بدل العبد،(٢٤) بخلاف الاجارة،(٢٥) ولهذا قالت عائشة : النكـــاح رق فلينظر أحدكم اين يضع كريمته،(٢٦) بل هو(٢٧) اقوى ،لأنه لا يزيله الاستيلاد،(٢٨) ويزيل ملك الرقبة،(٢٩) ويوجب تحريم الاخت بملك اليمين ،ولا يوجب ملك اليمين تحريم الأخت بالنكـــاح ، والنسب فيه أقـــوى،(٣٠) والاســـتبراء فيـــه

---

(٢٤) فى الاصل (العين) وهو تحريف ./ وبدل العبد أى ثمنه .

(٢٥) أى فانها توقت وتجوز بين المسلم والكافر ولا يجب فيها بدل الشـــئ المستأجر ، وانما يجب فيها بدل المنفعة . ولهذه الفوارق بـــين الاجارة والنكاح بطل قياس احدهما على الآخر .

(٢٦) لم أجده بعد البحث فيما تحت يدى من مصادر.

(٢٧) أى النكاح .

(٢٨) والرق يزول به عن الأمة .

(٢٩) فيما اذا تزوج الامة .

(٣٠) أى من النســـب بالرق ،لأن الولد يتبع امه فى النسب ،اذا كانت امة ووطئها غير سيدها . والا بان وطئها سيدها فانهـــــا تصبح أم ولد وينسب الولد الى الســـيد ، وكذا لو تزوجها .

اكمل ،[٣١] والوطء[٣٢] فيه[٣٣] يوجب الاحصان والاحلال ، ويستفاد به الظهار والايلاء واللعان ، ويوجب تحريم المصاهرة من غير وطء ،[٣٤] ويمنع العقد على اربع سواها ، بخلاف الاجارة فانه لا يفيد[٣٥] الا ما يملك بالبيع ،[٣٦] فانعقدت بلفظه .

قالوا : ملك[٣٧] لا يستدرك بالرجعة ،[٣٨] فلا ينحل بلفظ الطلاق ، كسائر الاملاك .[٣٩]

---

(٣١) اذ هو فى النكاح بثلاث حيض ، وفى الرق بحيضة .

(٣٢) فى نسخة ((ب)) والاصل :(والوطئ) . والاصح جعل الهمزة على السطر .

(٣٣) أى النكاح .

(٣٤) أى بل بمجرد العقد .

(٣٥) أى عقد الاجارة .

(٣٦) أى فما جاز بيعه جازت اجارته ، ومالا فلا .

(٣٧) صفة لمصوف محذوف ، تقديره : الاسترقاق ملك .

(٣٨) أى فيما لو باع الرقيق ثم ندم عليه ، وانما يسترجع بالاقالة كغيره من السلع .

(٣٩) حيث لا ينحل الملك عنها بلفظ الطلاق .
بجامع عدم الاستدراك بالرجعة ، فى كل من الاصل وهو سائر الاملاك ، والفرع وهو الرقيق .
ولما كان حكم الاصل عدم سقوط الملك عنه بلفظ الطلاق ، كان حكم الفرع كذلك فلا يسقط الملك عن الرقيق بالطلاق أيضا لذلك .

قلنا : ينكسر (٤٠) بالنكاح قبل الدخول، (٤١) ثم سائر الاملاك لا يزول بقوله : لا سبيل لى عليك ، وهذا يزول، (٤٢) فهو كالنكاح . (٤٣)

قالوا : لا يحتمل العتق بلفظه ، (٤٤) لان مقتضاه (٤٥) رفع الوثاق فى قولهم : اطلقت البعير ، ولا بحكمه ، (٤٦) لأن حكمه (٤٧) التحريم وذلك (٤٨) لا ينافى الرق، (٤٩) فأشبه لفظ الظهار. (٥٠)

---

(٤٠) أى ماذكرتموه من العلة .

(٤١) فانه اذا عقد على الامة ثم أراد حل عقد النكاح ، فانه ينحل بلفظ الطلاق .

(٤٢) أى وهذا فارق بين الاصل والفرع فيبطل به قياسهم المذكور.

(٤٣) حيث ينحل العقد فيه بلفظ الطلاق .
بجامع زوال الملك بقوله لا سبيل لى عليك ، فى كل من الاصل وهو النكاح والفرع وهو العتق ،
ولما كان حكم الاصل زوال النكاح به ، كان حكم الفرع كذلك فيزول الرق بلفظ الطلاق ايضا لذلك .

(٤٤) أى بلفظ الطلاق من غير نية .

(٤٥) أى لفظ الطلاق .

(٤٦) أى لا يحتمل العتق بحكم الطلاق .

(٤٧) أى الطلاق .

(٤٨) أى لفظ الطلاق .

(٤٩) لصحة عقد النكاح على الامة بشرطه ، وهو الاعسار وشدة الرغبة فى النكاح . لقوله تعالى (ومن لم يستطع منكم طولا . .) سورة النساء ، آية ٢٥ .

(٥٠) حيث لا يقع به العتق وان نواه .
بجامع عدم منافاة الرق له فى كل من الاصل وهو الظهار ، والفرع =

قلنا : قد بينا انه يحتمل الا طلاق من جنس الملك،[٥١] والظهار غير منصوص،[٥٢] وان سلم[٥٣] فلأن ذاك[٥٤] لا يقع به الطلاق، وهذا[٥٥] يقع به الطلاق،[٥٦] فهو كلفظ العتق.[٥٧]

= وهو الطلاق.

ولما كان حكم الاصل عدم وقوع العتق به وان نواه، كان حكم الفرع كذلك فلا يقع العتق بلفظ الطلاق وان نواه أيضا لذلك.

(٥١) أى والدليل اذا دخله الاحتمال بطل به الاستدلال.
انظر أول هذه المسألة عند قوله : والدليل على الوصف.

(٥٢) أى على عدم صحة العتق به مع النية عندنا.

(٥٣) أى بعدم وقوع العتق بلفظ الظهار مع نية العتق.

(٥٤) أى لفظ الظهار.

(٥٥) أى لفظ الطلاق.

(٥٦) أى وبهذا الفارق يبطل قياسهم المذكور.

(٥٧) حيث يقع به العتق قطعا.
بجامع وقوع الطلاق بلفظه فى كل من الاصل وهو العتق، والفرع وهو الطلاق.
ولما كان حكم الاصل صحة وقوع العتق به، كان حكم الفرع كذلك فيقع العتق بلفظ الطلاق مع النية أيضا لذلك.

قالوا : لفظ (٥٨) وضع للمنفعة (٥٩)، فلا يعمل فى الرقبة (٦٠)، كلفظ الاجارة فى البيـــع (٦١).

قلنا : لفظ العارية وضع للمنفعة ، ويملك به عندهم المكيل والموزون (٦٢)، ولانه وان وضع للمنفعة ، الا انه يحتمل ازالة الملك فى الرقبة ، فعمل فيه مع النيـــة بخلاف البيع ، فانه لا مدخل للنية فيه ، فلم يتقدر (٦٣) الا بلفظ يدل على حقيقته (٦٤)،

---

(٥٨) صفة لموصوف محذوف تقديره : الطلاق لفظ.

(٥٩) أى منفعة الفراق عند التعاسر والاختلاف بين الزوجين .

(٦٠) أى فى العتق .

(٦١) حيث لا يصح عقد البيع بلفظ الاجارة .

بجامع وضع اللفظ للمنفعة ، فى كل من الاصل وهو الاجارة فى البيـــع ، والفرع وهو الطلاق فى العتق .

ولما كان حكم الاصل عدم صحة البيع بلفظ الاجارة ، كان حكـــم الفرع كذلك فلا يصح العتق بلفظ الطلاق وان نواه أيضا لذلك .

(٦٢) لان المكيل والموزون لا ينتفع به الا باستهلاك عينــه ، فيقـــع الملك بلفظ العارية فيه لذلك .

انظر مجمع الأنهر جـ٢ ص ٣٤٦ .

أى فبطل به ما جعلوه علة فى المنع من ايقاع العتق بلفظ الطـــلاق ، لوجود هذه العلة فى العارية ، ثم تخلف الحكم عنها .

(٦٣) فى الأصل (فلم يتعذر) وهو تحريف .

(٦٤) وهو نقل الملك من البائع الى المشترى .

والاجارة لا تدل على حقيقة البيع ،(٦٥) ولأن الاجارة لا تصح بلفظ البيع،(٦٧)(٦٦)

ويصح الطلاق بلفظ العتق .(٦٨)

قالوا : اذا لم يصح الظهار والايلاء بلفظ الطلاق في الزوجة ، فلأن

لا يصح به العتق في الأمة أولى .(٦٩)

---

(٦٥) لبقاء عين الملك في يد المؤجر ، وإن انتقلت منفعته الى المستأجر .

وبثبوت هذا الفارق بين الاصل والفرع يبطل به قياسهم المذكور .

(٦٦) سقط لفظ (لا) من نسخة ((ب)) .

(٦٧) لأن لفظ البيع وضع لتمليك العين ، فذكره في المنفعة مفسد ،

لعدم دلالته على حقيقة البيع .

وهذا في أصح القولين عند الشافعية .

انظر شرح المحلى جـ٣ ص ٦٧ .

(٦٨) لدلالته على حقيقة العتق ، وهي ازالة الملك .

أي وبهذا الفارق بين الاجارة بلفظ البيع والطلاق بلفظ العتق ،

يبطل قياسهم المذكور .

(٦٩) وجه الأولوية : ان لفظ الطلاق اذا لم يعمل في الظهار

والايلاء ، وهما يوجبان اسقاطا مؤقتا لمنافع الزوجة ، فكان

عدم وقوع العتق بلفظ الطلاق أولى لكونه يوجب اسقاط منافع

الامة على التأبيد .

قلنا : لانه في الزوجة وجد معناه ،(٧٠) فلم يعمل في غيره (٧١) وفي الأمة لم يجد (٧٢) معناه (٧٣) فعمل فيما وجد (٧٤) .

* مسألة (٣٥٩) : اذا قال لعبده : لا سلطان لي عليك (١) ، ونوى العتق ، عتق (٢) ./ ١٩٠ش .

---

(٧٠) وهو حل النكاح .

(٧١) أي في الظهار والايلاء .

(٧٢) أي لفظ الطلاق .

وفي نسخة ((ب)) : لم يوجد .

(٧٣) اذ لا نكاح بينهما فيحله لفظ الطلاق .

(٧٤) وهو الملك ، أي فينقضه .

(١) أي ولا يقولا سلطنة . ولا حجة ، قال تعالى حكاية عن سليمان مع الهدهد اذ غاب عنه (لأعذبنه عذابا شديدا أو لاذبحنه أو ليأتيني بسلطان مبين) سورة النمل آية / ٢١ أي بحجة .
ويذكر السلطان ويراد به اليد والاستيلاء ، وقد سمي به السلطان لقيام يده على الناس واستيلائه . انظر مجمع الأنهر جـ١ ص ٥١٠ .

(٢) المنهاج ص ١٥٧ . شرح المحلي جـ٤ ص ٣٥١ . مغني المحتاج : جـ٤ ص ٤٩٣ .
وهو قول الحنابلة أيضا :
انظر شرح المنتهى جـ٢ ص ٦٤٩ . كشاف القناع جـ٤ ص ٥٦٧ . وذكر في المغني جـ١٠ ص ٢٩٤ رواية ان ذلك من صريح الفاظ العتق ، فلا يحتاج الى نية .
=

وقال أبو حنيفة في احدى الروايتين ،لا يعتق.(٣)

لنا : هو أنه يحتمل انه لا سلطان لي عليك بالعتق ،فأشبه قولـه : لا سبيل لي عليك.(٤) ولانه لو نوى به الطلاق(٥) وقع ،(٦) فكذلك العتق.(٧)

= وبه يقول المالكية أيضا ،بل جعلوا هذه اللفظة من الألفاظ الصريحة في العتق ،فيقع العتق ، وان ادعى انه لم ينوه . الا أن يقوله للعبد في جواب عدم مطاوعته وانقياده له ،فيصدق .
انظر : الشرح الكبير جـ٤ ص ٣٦١ . الجواهر جـ٢ ص ٢٩٨ . شرح المنح : جـ٤ ص ٥٦٨ .
عند قول خليل في المختصر : أولا سبيل لي عليك . أهـ ولم يذكروا لفظ السلطان . مما يشير الى انهم لا يفرقون بينهما كالشافعية خلافا للحنفية .

(٣) لانه ليس من ضرورة انتفاء سلطانه عليه انتفاء ملكه عنه ،كالمكاتب.
ولم أقف لأبي حنيفة على رواية أخرى في هذه المسألة - الا أن ابن الهمام ذكره قولا لبعض علماء المذهب ،فقال : واعلم ان بعض المشايخ مال انه يعتق بالنية في :لا سلطان لي عليك .أهـ وفي المجمع جـ١ ص ٥١٠ : وقيل يعتق ان نواه .أهـ
انظر الهداية جـ٤ ص ٢٣٦ وفتح القدير ص ٢٣٧ . التبيين جـ٣ ص ٦٩ . مجمع الأنهر جـ١ ص ٥١٠
ولم أقف على قول ابن حزم في هذه المسألة .

(٤) حيث يقع به العتق قطعا .
بجامع احتمال ارادة العتق به ،في كل من الاصل وهو قوله :لا سبيل لي عليك . والفرع وهو قوله : لا سلطان لي عليك .
ولما كان حكم الاصل وقوع العتق به ،كان حكم الفرع كذلك فيقع العتق بقوله : لا سلطان لي عليك أيضا لذلك .

(٥) بان قال لامرأته :لا سلطان لي عليك .

(٦) في نسخة ((ب)) : لوقع . / وكلا التعبيرين صحيح .

(٧) أي فيجب أن يقع بقوله : لا سلطان لي عليك أيضا . =

قالوا : السلطان هو الاستخدام ، فصار كما لو قال: لا خدمة لى عليك. (٨)

قلنا : يبطل بما قسنا عليه. (٩) ولانه يحتمل ماقلنا (١٠) أيضا، فاذا اتصل به النية وقع. (١١)

الطلاق مع النية
= بجامع أنه من ألفاظ x فى كل من الاصل وهو لفظ العتق ، والفرع وهو قوله : لا سلطان لى عليك .
ولما كان حكم الاصل وقوع الطلاق به اذا نواه ، كان حكم الفرع كذلك فيقع العتق بقوله : لا سلطان لى عليك اذا نواه أيضا لذلك .

(٨) حيث لا يقع به العتق .
بجامع ان فى كل نفى الاستخدام ، اما الاصل فقوله : لا خدمة لى عليك ، واما الفرع فقوله : لا سلطان لى عليك .
ولما كان حكم الاصل عدم وقوع العتق به ، كان حكم الفرع كذلك فلا يقع العتق بلا سلطان لى عليك أيضا لذلك .

(٩) يعنى قياس قوله : لا سلطان لى عليك ، على قوله : لا سبيل لى عليك فى حصول العتق به مع النية. فانه يحمل معنى الاستخدام ، ثم يقع به العتق اذا نواه .

(١٠) فى نسخة ((ب)) : ماقلناه ./ أى من أن المراد به : لا سلطان لى عليك بالعتق .

(١١) أى العتق ، لأن بها يرتفع ذلك الاحتمال ، ويتعين المعنى الثانى وهو : لا يد لى عليك ، فيجب العتق به .

* مسأله (٣٦٠) : اذا قال : انت لله ، ونوى العتق[1] عتق[2] ٠/١٩٠ش.

وقال أبو حنيفة : لا يعتق[3] .

---

(١) فى نسخة ((ب)) : ونوى العتق ، وقع العتق .

(٢) نهاية المحتاج جـ٨ ص ٣٥٧ . التنبيه ص ٩٦ .

وهو قول الحنابلة أيضا :

انظر : شرح المنتهى جـ٢ ص ٦٤٩ . كشاف القناع جـ٤ ص ٥٦٧ . وذكر فى المغنى جـ١٠ ص ٢٩٤ روايتين فى اعتبار صيغة : انت لله : صريحة أو كناية ، الا انه قال : ولا خلاف فى المذهب انه يعتق به اذا نوى . أهـ كما هو فرض المسألة هنا .

وبه يقول المالكية أيضا . فقد جعلوا الكناية قسمين : ظاهرة وخفية . فالظاهرة لا ينصرف العتق عنها الا بنية الصرف ، كوهبتك نفسك ونحوها . واما الخفية فلا تنصرف الى العتق الا بنية العتق . كاسقنى الماء . قال الدردير عند قول خليل : وبكاسقنى الماء ، قال : ودخل بالكاف كل كلام ، لكن انما ينصرف للعتق بالنية . أهـ . الشرح الكبير : جـ٤ ص ٣٦٢ .

وسواء كان لفظ : انت لله ، كناية ظاهرة أو خفية فانه يوجب العتق ، لأن فرض المسألة انه نوى به العتق .

وانظر الشرح الصغير أيضا جـ٢ ص ٤٤٤ .

(٣) خلافا للصاحبين ، حيث أوجبا به العتق ان نواه .

انظر : فتح القدير جـ٤ ص ٢٣٧ . مجمع الأنهر جـ١ ص ٥٠٩ . الا أن السرخسى جعل محمدا موافقا لأبى حنيفة فى أنه لا يعتق وان نواه ، خلافا لأبى يوسف .

انظر المبسوط جـ٧ ص ٦٥ .

ولم أقف على قول ابن حزم فى هذه المسألة .

لنا : هو أنه يحتمل: انك (٤) عتيق لله ، أو حرّ لله فعتق به (٥).

قالوا : لو قال ذلك لامرأته ونوى الطلاق لم تطلق (٦).

قلنا : لأن الطلاق لا يتقرب به الى الله تبارك وتعالى (٧)، والعتق بخلافه (٨).

* مسألة (٣٦١) : اذا قال وهبت منك نفسك أو بعتك (١) ولم يقبل (٢)، لم يعتق (٣). / ١٩٠ ش

---

(٤) فى نسخة ((ب)) : انه .

(٥) أى فيترجح جانب العتق ، لكونه قد نواه .

(٦) أى فدل على أن النية لم تعمل فى تحويل هذا اللفظ الى العتق .

(٧) لكونه أبغض الحلال ، فقد روى أبو داود جـ٢ ص ٢٥٥ كتاب الطلاق ، باب فى كراهية الطلاق أى السبب الجالب له وهو سوء العشرة ، رقم / ٢١٧٨ .

عن محارب بن دثار عن ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم قال : أبغض الحلال الى الله عز وجل الطلاق . أهـ .

ورواه أبو داود أيضا مرسلا عن محارب بن دثار مرفوعا : ما أحل الله شيئا أبغض اليه من الطلاق . أهـ رقم / ٢١٧٧ .

قال المنذرى : والمشهور فيه المرسل ، وهو - أى الموصول - غريب . أهـ مختصر سنن أبى داود جـ٣ ص ٩٢ .

قال ابن حجر : ورجح أبو حاتم والدارقطنى فى العلل والبيهقى المرسل . أهـ التلخيص جـ٣ ص ٢٠٥ رقم / ١٥٩٠ . وانظر بقية الكلام عليه هناك .

(٨) أى وبهذا الفارق بين الاصل والفرع يبطل قياسهم المذكور .

(١) أى ونوى التمليك ، والا بان نوى العتق فانه يقع قبل العبد أو لم يقبل .

(٢) فى نسخة ((ب)) : ولم يقتل ./ وهو تصحيف .

(٣) المنهاج ص ١٥٧ نص فيه على : بعتك نفسك . ونص على الهبة فى كل من : مغنى المحتاج جـ٤ ص ٤٩٥ . قليوبى جـ٤ ص ٣٥١ . نهاية المحتاج جـ٨ ص ٣٥٧ . =

وقال أبوحنيفة : يعتق .(٤)

لنا : هو انه هبة لم يتصل بها القبول ، فأشبه اذا وهبه من أبيه أو ابنه .(٥)

= وهو قول الحنابلة أيضا :
انظر: شرح المنتهى جـ٢ ص ٦٥٨ . كشاف القناع جـ٤ ص ٥٨٤ . المحرر: جـ٢ ص ٣ .

(٤) ومحله : مالم يقل : بعتك نفسك بكذا ، والا بان قال : بكذا ، فان العتق يتوقف على قبول العبد .
انظر: فتح القدير جـ٤ ص ٢٣٥ . مجمع الأنهر جـ١ ص ٥٠٨ . المبسوط: جـ٧ ص ٦٣ .
واليه ذهب المالكية ، سواء نوى به العتق أم لا ، قبل العبد أو لم يقبل .
انظر : الشرح الكبير جـ٤ ص ٣٦١ وحاشية الدسوقي عليه ص ٣٦٢ - عند قوله : ولا يحتاج فى هذا الى نية .
وانظر الجواهر جـ٢ ص ٢٩٨ . شرح المنح جـ٤ ص ٥٦٨ .
ولم أقف لابن حزم على قول فى هذه المسألة .

(٥) فى نسخة ((ب)) : من ابنه أو أبيه . / أى اذا وهب العبد لأبى العبد أو لابنه .
حيث لا تصح تلك الهبة اذا لم يقبل الموهوب له .
بجامع عدم اتصال القبول بها فى كل من الاصل وهو هبة العبد من أبيه أو ابنه ، والفرع وهو هبة العبد من نفسه .
ولما كان حكم الاصل عدم وقوع العتق بها اذا لم يقبل الأب أو الابن كان حكم الفرع كذلك فلا تصح هبة العبد لنفسه ان لم يقبل أيضا لذلك .

قالوا : ايقاع للعتق فلا يعتبر فيه القبول ، كقوله : أعتقتك . (٦)

قلنا : الايقاع انما يكون بصريح (٧) أو كناية ، وهذا (٨) ليس بصريح ولا كناية ، ولهذا لا تعتبر فيه النية . (٩)

قالوا : لو اعتبر فيه القبول ، لاعتبر القبض . (١٠)

قلنا : لا يعتبر القبض لانه في يد نفسه ، (١١) فهو كهبة المال ممن هو في يده . (١٢)

---

(٦) حيث يعتق به فورا وان لم يقبل العبد .

بجامع ان كلا ايقاع للعتق ، اما الاصل فقوله : اعتقتك . واما الفرع فقوله وهبتك نفسك .

ولما كان حكم الاصل عدم اعتبار قبوله فيه ، كان حكم الفرع كذلك فلا يعتبر قبول العبد في هبته لنفسه أيضا لذلك .

(٧) في نسخة ((ب)) : تصريح .

(٨) أي لفظ الهبة والبيع .

(٩) فمتى حصل ايجاب وقبول من الطرفين ، صح العقد وان لم ينو البيع أو الهبة .

(١٠) لانه من شروط صحة البيع والهبة .

أي والحال انه لا يعتبر فيه القبض ، فدل على أنه لا يعتبر فيه القبول .

(١١) لانه هو الموهوب ، والموهوب له .

(١٢) حيث لا يعتبر فيه القبض .

بجامع وجود الموهوب في يده ، في كل من الاصل وهو هبة المال ممن هو في يده ، والفرع وهو هبة العبد من نفسه .

ولما كان حكم الاصل عدم اشتراط القبض فيه ، كان حكم الفرع كذلك . فلا يشترط القبض في هبة العبد لنفسه أيضا لذلك .

* مسألة (٣٦٢) : اذا قال لعبده وهو أكبر سنا منه[1] : انت ابنــي .
لم يعتق[2] . / ١٩٠ ش.
وقال أبو حنيفة : يعتق[3] .

---

(١) أى العبد .
(٢) ومحله: إذا أراد به الملاطفة ، والا بان نوى به العتق وقع.
الوجيز جـ٢ ص٢٧٨ . مغنى المحتاج جـ٤ ص٥٠٦ . القليوبى جـ٤ ص٣٥١ .
وهو قول الحنابلة أيضا :
انظر: شرح المنتهى جـ٢ ص٦٤٩ . كشاف القناع جـ٤ ص٥٦٧ . وذكر في المغنى جـ١٠ ص٢٩٥ رواية اخرى بأنه يعتق به .
واليه ذهب المالكية : انظر القوانين ص٤٠٨ .
(٣) سواء نوى به العتق أم لم ينوه .
خلافا للصاحبين . بل قال ابن المنذر : هذا من النعمان - أبـــي حنيفة - شاذ لم يسبقه أحد اليه ، ولا تبعه أحد عليه وهو - أى قــول السيد المذكور - محال من الكلام ، وكذب يقينا . أهـ المغنـــي : جـ١٠ ص٢٩٥ .
انظر: الهداية جـ٤ ص٢٤٠ . التبيين جـ٣ ص٦٩ . مجمع الأنهـر : جـ١ ص٥٠٩ .
الا أن السرخسي ذكر ان أبا حنيفه كان يقول : انه لا يعتق ، ثم رجـع عنه الى وقوع العتق به .
انظر المبسوط جـ٧ ص٦٧ .
ولم أقف على قول ابن حزم في هذه المسألة .

لنا : هو انه اقرار بما تحقق بطلانه ،فلم يثبت به ما يتضمنه ، كما لو قال لامته وهو اكبر سنا منها : انت امى ، أو لزوجته وهى اكبر سنا منه (٤) : انت بنتى ، أو قال لعبده : اعتقتك من (٥) الف سنة. (٦)

قالوا : ايقاع للعتق ، ولهذا لو قال ذلك (٧) لعبده وهو (٨) معروف النسب والسن يحتمله عتق. (٩)

قلنا : الايقاع لا يكون الا بصريح أو كناية (١٠) ، وهذا (١١) ليس بصريح ولا كناية ،

---

(٤) فى نسخة ((ب)) : منها .

(٥) فى نسخة ((ب)) : منذ .

(٦) حيث لا يقع العتق فى شئ من ذلك .
بجامع ان كلا اقرار تحقق بطلانه ، فى كل من الاصل وهو مالو قال لامته وهو اكبر سنا منها : انت امى ، ومابعده ، والفرع وهو مالو قال لعبده وهو اكبر سنا منه انت ابنى .
ولما كان حكم الاصل عدم وقوع العتق به ، كان حكم الفرع كذلك فلا يقع العتق به أيضا لذلك .

(٧) أى انت ابنى .

(٨) أى العبد .

(٩) لأن ذلك قرينة على أن السيد أراد انه كابنه فى الحرية .

(١٠) فى نسخة ((ب)) : أو بكناية .

(١١) أى قوله : انت ابنى .

لانه لا يفتقر الى النية ، وفى معروف النسب وجهان [١٢] ، وان سلم [١٣] فلأن ذلك [١٤] يعتق بالاقرار بالبنوة [١٥] وذلك [١٦] يحتمل الصحة ، لكنها لم تقبل بالنسب لحق الغير [١٧] ، وقبل فى العتق [١٨] ، وهذا [١٩] لا يحتمل الصحة ، ولهذا لو قال لزوجته : انت بنتى والسن يحتمل [٢٠] حرمت . ولو لم يحتمل لم تحرم [٢١] .

* مسألة (٣٦٣) : اذا اعتق احدى الأمتين ثم وطئ احداهما تعينت الحرية فى الأخرى فى أحد الوجهين [١] . / ١٩٠ ش .

---

(١٢) انظر : الوجيز جـ٢ ص ٢٧٨ ولم يرجح احدهما على الآخر .

(١٣) أى بوقوع العتق لاحتمال كونه ولداً للسيد من وطئ شبهة أو زنا .

(١٤) أى العبد .

(١٥) أى وليس بنية العتق .

(١٦) ادعاؤه النسب .

(١٧) وهو من ينسب اليه العبد ، قبل ادعاء السيد بنوته .

(١٨) اذ لا حق لغير السيد فيه ، وقد رضى بالتنازل عنه بالعتق فوقع .

(١٩) أى قول السيد لمن هو أكبر منه سنا : انت ابنى .

(٢٠) بأن كان يكبرها بمقدار سن البلوغ فى المرأة ، على الخلاف فيه .

(٢١) أى وبهذا الفارق بين الاصل والفرع ، يبطل قياسهم المذكور .

(١) أى سواء علقت من هذا الوطئ أو لم تعلق .
انظر الوجيز جـ٢ ص ٢٧٨ . قليوبى جـ٣ ص ٣٤٥ فى النكاح فصل الشك فى الطلاق .
وذكر فى التنبيه ص ٩٧ الوجه الثانى بصيغة التمريض : وقيل : لا يكون تعيينا . أهـ .
وهو قول الحنابلة أيضا :
انظر : المغنى جـ١٠ ص ٣٢٦ . وانظر شرح المنتهى جـ٣ ص ١٨٠ كتاب =

وقال أبو حنيفة : لا يتعين .(٢)

لنا : هو أنه(٣) تصرف لا يحل الا بالملك ، فدل على الاختيار،(٤) كالبيع

= الطلاق باب الشك فى الطلاق . كشاف القناع جـ٥ ص ٣٨٢ . وماتعين به الطلاق تعين به العتق .

ويشبه أن يكون هذا قول المالكية أيضا ؛ فقد قال الدردير : اذا قال لامتيه : احداكما حرة ، ولا نية له ، فله الاختيار فى عتق واحدة منهما وامساك الاخرى . أهـ فان وطئ احداهما تبين انه اختار الاخرى للعتق حتما ، قال الدسوقى : فان ماتت احداهما قبل أن يختار ، عتقت الثانية . أهـ والوطء مثل الموت فى تعيين الاخرى للعتق .

انظر : الشرح الكبير جـ٤ ص ٣٦٥ وحاشية الدسوقى عليه . الجواهر : جـ٢ ص ٢٩٩ . شرح المنح جـ٤ ص ٥٧٥ .

(٢) خلافا للصاحبين .

ومحله مالم تعلق منه ، والا بان علقت منه تعينت الاخرى للعتق ، لأن الموطوءة أصبحت به أم ولد ، فينتفى عنها العتق المنجز . وهذا عند الامام وصاحبيه .

انظر : الهداية جـ٤ ص ٢٨٩ . التبيين جـ٣ ص ٨٧ . المبسوط : جـ٧ ص ٨٦ .

وذهب ابن حزم الى بطلان العتق المبهم أصلا .

انظر المحلى جـ١٠ ص ٢٣٤ .

(٣) أى الوطء .

(٤) أى لتلك الموطوءة .

بالتدبير.[٥] ولأن الوطء أخص بالملك من البيع،[٦] فان البيع يجوز لغير المالك بالوكالة، فاذا تعين[٧] به[٨] فبالوطء أولى،[٩] ولأن ماتعين به الطلاق[١٠] تعين

---

(٥) حيث اذا اعتق أحد العبدين ولم يعين، ثم باع أو دبر احدهما تعين العتق في الآخر.
بجامع التصرف بما يختص الملك، في كل من الاصل وهو مالو اعتق عبدين ولم يعين، ثم باع أو دبّر احدهما، والفرع وهو مالو اعتق احدى الامتين ثم وطئ احداهما.
ولما كان حكم الاصل تعين العتق في العبد الآخر، كان حكم الفرع كذلك فيتعين العتق في غير الموطوءة أيضا لذلك.

(٦) اذ لا يجوز لغير مالك الامة وطؤها، من غير عقد.

(٧) أي الملك.

(٨) أي بالبيع.

(٩) سقط قوله (أولى) من الأصل.

(١٠) وهو الوطء، أي في أحد القولين، كما لو قال لزوجتيه : احداكما طالق ولم يقصد واحدة بعينها، ثم وطئ احداهما، تعين الطلاق في الاخرى.
والقول الثاني: ان الوطء لا يتعين به الطلاق. بل يتعين الطلاق بالتعيين. بأن يقول عنيت هذه.
انظر المنهاج ص ١٠٨.

به العتق ، كالتعين[(١١)] بالقول ،[(١٢)] ولانه اذا اشترى جارية بشرط الخيار ، تعين ملكه فيها بالوطئ ،[(١٣)] فكذلك هاهنا.[(١٤)]

قالوا : تصرف[(١٥)] في غير محل العتق ،[(١٦)] فأشبه الاستخدام.[(١٧)]

---

(١١) في نسخة ((ب)) : كالتعيين .

(١٢) بأن يقول عنيت هذه منهما . حيث يقع به الطلاق .
بجامع تعين الطلاق به في كل من الاصل وهو القول ، والفرع وهو الوطئ .
ولما كان حكم الاصل تعين عتق احدى الجاريتين بالقول ، كان حكم الفرع كذلك فيتعين عتق احداهما بالوطئ أيضا لذلك .

(١٣) أي في مدة الخيار . أي فيبطل خياره ويلزمه به البيع .

(١٤) أي في العتق . أي فيتعين عتق احداهما بوطئ الاخرى .

(١٥) صفة لموصوف محذوف تقديره : الوطئ تصرف حصل في غير محل العتق .

(١٦) لأن الوطئ حصل في احداهما ، ووقع العتق على الاخرى .

(١٧) حيث لا يحصل به تعيين العتق في الاخرى .
بجامع ان كلا تصرف في غير محل العتق ، اما الاصل فالاستخدام واما الفرع فالوطئ .
ولما كان حكم الاصل عدم حصول تعيين العتق به في الاخرى ، كان حكم الفرع كذلك فلا يحصل بوطئ احداهما تعيين العتق في الأخرى أيضا لذلك .

قلنا : وان كان [١٨] فى غير محله الا انه لا يجوز الا لمن يملك محلــــه [١٩] ، وفى الاستخدام وجهان [٢٠] ، وان سلم [٢١] فلأن ذلك يجوز من غير ملك [٢٢] ، وهذا لا يجوز [٢٣] .

قالوا : انشاء [٢٤] عتق ، فلا يجوز بالوطئ [٢٥] .

قلنا : لا نسلم ، فان العتق قد وقع وهذا [٢٦] تعيين له ، كما نقـــــول فى الطلاق [٢٧] .

---

(١٨) أى العتق .

(١٩) وهو العبد أو الامة .

(٢٠) اصحهما انه لا تتعين به .

انظر الوجيز جـ٢ ص ٢٧٨ .

(٢١) أى بان الاستخدام يعين .

(٢٢) انه يجوز للرجل اعارة أو استعارة الامة لخدمة امرأة أو محرم أو شـــيخ أو طفل .

ومحله مالم يكن المستعير فاسقا ، خوف أن يفجر بها .

انظر مغنى المحتاج جـ٢ ص ٢٦٥ .

(٢٣) أى الوطء فى غير الملك .

أى وهذا فارق بين الاصل والفرع ، فيبطل به قياسهم المذكور .

(٢٤) أى ايقاع العتق على غير الموطوءة منهما .

(٢٥) أى بوطئ احدى الامتين ، لما بين وطئ الامة وعتقها من المنافاة .

(٢٦) أى الوطوء .

(٢٧) من ان وطء احدى الزوجتين المطلقتين من غير تعيين ، يوجـــــب تعيين الطلاق فى الاخرى .

بجامع التعيين بالوطئ فى كل من الاصل وهو الطلاق والفرع وهـــو =

* مسألة (٣٦٤) : يصح عتق الحربي (١) لعبده (٢) . / ١٩١ ى .
وقال أبو حنيفة : لا يصح (٣) .

= العتق ، ولما كان حكم الأصل تعين الطلاق في غير الموطوءة بوطئ الاخرى ، كان حكم الفرع كذلك . فتتعين غير الموطوءة للعتق أيضا لذلك .

(١) أي المقيم في دار الكفر . ومحله: اذا كان العبد كافرا ، والا بان كان مسلما فيصح قطعا .

(٢) الأم جـ٤ ص ٢٧٨ كتاب السير . نهاية المحتاج جـ٨ ص ٣٥٣ . مغني المحتاج جـ٤ ص ٤٩٢ عند قوله في المنهاج ص ١٥٧ : انما يصح من مطلق التصرف . أهـ.
وفي الأم جـ٤ ص ١١٧ : اذا كاتب الحربي عبده في دار الحرب ثم خرجا مستأمنين اثبتها . أهـ والكتابة عتق على مال .
وهو قول الحنابلة أيضا :
انظر: المغني جـ١٠ ص ٢٩٦ ، واشار الى أنه ليس في المذهب خلاف في هذه المسألة .
واليه ذهب المالكية ، الا انهم اجازوا له الرجوع فيه مالم يسلم العبد أو يبعد عنه .
انظر : حاشية الدسوقي جـ٤ ص ٣٥٩ . شرح المنح جـ٤ ص ٥٦٤ .
وبه يقول ابن حزم . انظر المحلى جـ١٠ ص ٢٣٣ .

(٣) خلافا لابي يوسف .
ومحل هذا الخلاف: هو ما اذا كان العبد كافرا ، والا بان كان مسلما أو ذميا فانه يعتق بلا خلاف في المذهب .
انظر : فتح القدير جـ٤ ص ٢٥١ . التبيين جـ٣ ص ٧٠ . مجمع الأنهر : جـ١ ص ٥٠٦ و ص ٥١٢ .

لنا : هو ان من صح منه عتق عبده المسلم صح منه (٤) عتق عبده الكافر ، كالمقيم في دار الاسلام. (٥) ولان (٦) من صح طلاقه صح عتقه ، كالمقيم (٧) في دار الاسلام. (٨)

قالوا : ملكه (٩) غير صحيح ، لانه معرض للقهر. (١٠)

---

(٤) سقط لفظ (منه) من الاصل .

(٥) حيث يصح من الحربي المقيم في دار الاسلام عتق عبده الكافر.
بجامع صحة عتق عبده المسلم في كل من الاصل وهو الحربي المقيم في دار الاسلام ، والفرع وهو الحربي المقيم في دار الكفر.
ولما كان حكم الاصل صحة عتقه لعبده الكافر ، كان حكم الفرع كذلك ، فيصح منه عتق عبده المسلم أيضا لذلك .

(٦) سقط قوله (ولان من صح طلاقه صح عتقه ، كالمقيم في دار الاسلام) من نسخة ((ب)) .

(٧) أي الحربي .

(٨) حيث يصح منه العتق مطلقا ، سواء كان العبد مسلما أو كافرا .
بجامع صحة الطلاق منه ، في كل من الاصل وهو المقيم في دار الاسلام والفرع وهو المقيم خارجها .
ولما كان حكم الاصل صحة العتق منه ، كان حكم الفرع كذلك فيصح عتق الحربي خارج دار الاسلام أيضا لذلك .

(٩) أي الحربي خارج دار الاسلام. فان دخل دارنا بعهد أو امان فملكه صحيح تام ، والا فهدر.

(١٠) لانتفاء عصمته في نفسه وماله ، ولجواز أخذ الجزية منه .
في نسخة ((ب)) : للعهد ٠/ وهو تحريف .

قلنا : بل هو صحيح الى أن يقهر ،كملك [١١] المسلم ،صحيح الى أن يقهر وحرية [١٢] السيد ثابتة وان كانت معرضة للقهر، [١٣] وطلاقه واقع وان كان نكاحه معرضا للفسخ [١٤] .

قالوا : الموجب لملكه [١٥] حصوله فى يده على وجه الغلبة ، وهـــذا المعنى موجود حال العتق فلا يعتق مع وجود ماينافيه [١٦] .

قلنا : هذا لا يمنع صحة العتق ، كما لا يمنع صحة البيع [١٧] .

* مسأله (٣٦٥) : اذا قال : ان ولدت ولدا فهو حرٌ فولدت ولـــدا ميتا انحلت [١] الصفة. /١٩١ى .

---

(١١) فى نسخة ((ب)) : كما ان ملك المسلم .

(١٢) فى نسخة ((ب)) : وحرمة .

(١٣) بوقوعه فى الرق ، اذا اسره المسلمون واختار الامام استرقاق الاسرى .

(١٤) أى فبطل تعليلهم المنع من صحة عتق الحربى عبده بكون ملكه له معرضا للقهر ، فقد وجدت هذه العلة فى الصور المذكورة ، ثم لم يكن حكمهـــا البطلان .

(١٥) أى العبد .

(١٦) وهو بقاء الغلبة والقهر .

(١٧) أى لبقاء صفة الغلبة عنده .

(١) أى الحرية [المشروطة] ، فلو ولدت بعده ولدا حيا ، لم يعتق .
انظر: الوجيز جـ٢ ص ٢٧٨ . مغنى المحتاج جـ٤ ص ٤٩٥ و ص ٥٠٦ .
وهو قول الحنابلة أيضا :
انظر: شرح المنتهى جـ٢ ص ٦٥٧ . كشاف القناع جـ٤ ص ٥٨٣ . وذكر فى المغنى جـ١٠ ص ٣٣٩ رواية اخرى أن اليمين المذكور لا تنحل بل يعتق الولد الذى يليه ان كان حيا . =

وقال أبو حنيفة : لا تنحل ، فان ولدت اخر حيا[٢]، عتق[٣].

لنا : هو أنه وجدت الصفة[٤] فيمن ليس بمحل لعتقه[٥]، فأشبه اذا قال :

ان دخلت الدار فانت حرّ ، ثم باعه ، فدخل الدار[٦]، ولان الميت ولـــد[٧]،

= واليه ذهب المالكية أيضا :

انظر: الشرح الكبير جـ٤ ص ٣٧٥ . الجواهر جـ٢ ص ٣٠٣ . شرح المنح : جـ٤ ص ٥٨٨ .

(٢) فى نسخة ((ب)) : صار ./ وهو تحريف .

(٣) خلافا للصاحبين . حيث قالا : تنحل الصفة .

انظر: المبسوط جـ٧ ص ١٣٤ . حاشية ابن عابدين جـ٣ ص ١١٠ . البدائع جـ٤ ص ٦٦ .

ولم أقف على قول ابن حزم فى هذه المسألة .

(٤) وهى الولادة .

(٥) وهو الولد الميت .

(٦) حيث لا يعتق بذلك .

بجامع وجود الصفة فيمن ليس بمحل لعتقه ، فى كل من الاصل وهـــو مالو قال لعبده : ان دخلت الدار فانت حر ، ثم باعه ، ثم دخـــل الدار ، والفرع وهو مالو قال ان ولدت ولدا فهو حر فولدته ميتا .

ولما كان حكم الاصل عدم وقوع العتق به ، كان حكم الفرع كذلك فلا يقـــع العتق على المولود الميت أيضا لذلك .

(٧) أى يوصف بأنه ولد .

ولهذا لو علق عليه طلاق امرأة[٨] أو عتق عبد[٩]، وقع[١٠]، فانحلت به اليمين، كما لو ولدته في غير ملكه[١١].

قالوا: العتق يستحيل في الميت، فصار كما لو قال: ان ولدت ولدا حيا فهو حر[١٢].

قلنا: اذا استحال[١٣]، وجب ان تنحل الصفة[١٤]، كما قلنا فيما قسنا عليه[١٥].

---

(٨) في نسخة ((ب)): طلاق امرأته أو عتق عبده.

(٩) بأن قال لامرأته: ان ولدت ولدا فانت طالق. أو قال لامته: ان ولدت ولدا فانت حرة.

(١٠) أي الطلاق أو العتق.

(١١) بان باعها، ثم ولدته، حيث تنحل به اليمين، فلو اشتراها ثم ولدت عنده بعد ذلك لم يعتق به ولدها.
بجامع ان كلا يوصف بأنه ولد، اما الاصل فما لو ولدته في غير ملكه واما الفرع فما لو ولدته ميتا.
ولما كان حكم الاصل انحلال الصفة به، كان حكم الفرع كذلك فتنحل الصفة به اذا ولدته ميتا أيضا لذلك.

(١٢) حيث يعتق الثاني اذا ولدت الأول ميتا.
بجامع استحالة العتق به، في كل من الاصل وهو مالو قال: ان ولدت ولدا حيا فهو حرّ، والفرع وهو مالو قال ان ولدت ولدا فهو حر.
ولما كان حكم الاصل عدم انحلال الصفة به كان حكم الفرع كذلك فلا تنحل الصفة في الثاني أيضا لذلك.

(١٣) أي العتق.

(١٤) أي فلا ينتقل العتق الى الولد الثاني.

(١٥) وهو مالو قال: ان دخلت الدار فانت حر، ثم باعه فدخل الدار، حيث لا يقع عليه العتق، لفوات محله بالبيع.

* مسألة (٣٦٦) : اذا قال لعبده : ان دخلت الدار فأنت حر ثم باعه ، ثم اشتراه ودخل الدار لم يعتق ، في أحد القولين.(١) / ١٩١ ى.

وقال أبو حنيفة : يعتق.(٢)

لنا : هو انه(٣) ملك حدث بعد اليمين،(٤) فأشبه اذا لم يبعه.(٥)

---

(١) مغني المحتاج جـ٤ ص ٤٩٢ . وفي نهاية المحتاج جـ٨ ص ٣٥٤ : ولا يعود - أي التعليق بصفة - بعوده - أي العبد الى ملك البائع - أهـ وانظر حاشية الشبراملسي عليه ، عند قول صاحب المنهاج ص ١٥٧ : ويصح تعليقه . أهـ ولم يذكروا هاهنا قولا آخر ، بل ولا في التنبيه ص ٩٧ - للمؤلف .
نعم اشار الغزالي الى هذا الخلاف في المدبر . انظر الوجيز : جـ٢ ص ٢٨٢ ، والمنهاج ص ١٥٩ : والتدبير تعليق عتق بصفة وفي قول وصية ، فلو باعه ثم ملكه لم يعد التدبير على المذهب . أهـ.
وبعدم عتقه يقول ابن حزم أيضا : المحلى جـ١٠ ص ٢٣٠.

(٢) فتح القدير جـ٤ ص ٣٠٣ ، المبسوط جـ٧ ص ٨٤. حاشية الشلبي : جـ٣ ص ٩٢. البدائع جـ٤ ص ٥٨.
وهو قول الحنابلة أيضا :
انظر : شرح المنتهى جـ٢ ص ٦٥٥. كشاف القناع جـ٤ ص ٥٧٩ .
المغني جـ١٠ ص ٣٣٣.
ولم أقف على قول المالكية في هذه المسألة .

(٣) أي شراء العبد بعد بيعه .

(٤) المراد: ان الملك كما يشترط لانعقاد اليمين ، يشترط لبقائها ، وبالبيع زال ملكه عنه .

(٥) أي ولم يدخل الدار ، حيث لا يعتق .
بجامع حدوث الملك بعد اليمين ، في كل من الاصل وهو مالو لم يبعه ، =

قلنا(٦) : اذا اعتبر الملك فى عقد اليمين(٧) اعتبر بقاء الملك.(٨)

* مسألة (٣٦٧) : اذا قال فى الصحة لعبده : ان دخلت الدار فأنت حرّ ، فدخل(١) فى المرض عتق من رأس المال ، فى اصح القولين.(٢) / ١٩١ ى.

= والفرع وهو مالو باعه ثم اشتراه.
ولما كان حكم الاصل عدم وقوع العتق فيه ، كان حكم الفرع كذلك فلا يقع العتق بشرائه بعد بيعه أيضا لذلك.

(٦) سقط دليل الحنفية فى الاصل وفى نسخة ((ب)).
وما هنا جواب لدليلهم وهو قولهم : يشترط وجود المحلوف به وقت اليمين ، وان لم يكن الملك شرطا لانعقاده.
انظر المبسوط جـ٧ ص ٨٤.

(٧) أى عند عقده.

(٨) أى الى تحقق الشرط.

(١) فى الاصل (ودخل) والصواب ما أثبتناه من نسخة ((ب)) بالفاء.

(٢) المنهاج ص ١٦٠ كتاب التدبير. قال فى شرح المحلى جـ٤ ص ٣٦١ : اعتبارا بوقت التعليق.
والثانى : من الثلث ، اعتبارا بوقت وجود الصفة ، ورجح الأول بأنه حين التعليق لم يكن متهما بابطال حق الورثة. أهـ.
ومحل الخلاف : اذا وجدت الصفه بغير اختياره كنزول المطر ، والا اعتبر من الثلث جزما لانه اختار العتق فى مرضه.
انظر مغنى المحتاج جـ٤ ص ٥١٥.
وهو قول الحنابلة أيضا :
انظر : شرح المنتهى جـ٢ ص ٥٢٩ فى الهبة فصل هبة المريض ، كشاف القناع جـ٤ ص ٣٥٧. =

وقال أبو حنيفة : يعتق من الثلث .(٣)

لنا : هو انه وجد العقد فى الصحة ، والصفة(٤) فى المرض ، فاعتبر حال العقد كالطلاق .(٥) ولأن شهود العقد والصفة اذا رجعوا وجب الضمان عنده(٦)

= وذكر فى المغنى جـ ١٠ ص ٢٣١ وجها آخر انه يعتق من الثلث.
وهو قول ابن حزم لانه لا يفرق فى نفاذ العتق بين أن يكون المعتق صحيحا أو مريضا . المحلى جـ ١٠ ص ٤٨٢.

(٣) أى اعتبارا بحالة الاضافة دون حالة العقد ، أى حالة وقوع العتق لا حالة ايجابه .
انظر : الهداية جـ٩ ص ٣٩٠ كتاب الوصايا ، باب العتق فى مرض الموت، التبيين جـ٦ ص ١٩٦ . مجمع الأنهر جـ٢ ص ٧٠٦.
وهو قول المالكيه : انظر القوانين ص ٤١٢.

(٤) وهو المعلق عليه العتق .

(٥) حيث يعتبر فيه حال ايقاعه فلو مرض الزوج ومات وهى فى العده ورثته .
انظر شرح المحلى جـ٣ ص ٣٣٦.
بجامع وجود العقد فى الصحة والصفة فى المرض ، فى كل من الاصل وهو الطلاق ، والفرع وهو العتق .
ولما كان حكم الاصل اعتبار حال التلفظ به ، كان حكم الفرع كذلك فيعتبر فى العتق حال العقد أيضا لذلك .

(٦) يعنى أبا حنيفة . وصورة ذلك : مالو شهد رجلان انه علق عتق عبده بشرط وشهد آخران ، ان الشرط الذى علق به العتق وجد ، فحكم الحاكم به ثم رجع جميعهم ، يضمن شهود اليمين قيمه العبد ، لانهم اثبتوا العلة ، وهى قوله : انت حر ، ولا يضمن شهود الشرط ، لأن الشرط كان مانعا وهم اثبتوا زوال المانع ، والحكم يضاف الى العلة لا الى زوال المانع. أهـ مجمع الأنهر جـ٢ ص ٢٢٠ كتاب الشهادات ، باب رجوع الشهود .

على شهود العقد[٧]، فكان اعتبار العقد أولى[٨].

قالوا : حصل العتق في حال المرض ، فأشبه اذا ابتدأه في المرض[٩].

قلنا : هناك[١٠] قصد الاضرار[١١] وها هنا[١٢] لم يقصد[١٣]، ولهذا لو طلق[١٤] في المرض ورثته[١٥] ولو عقد الطلاق في الصحة فطلقت في المرض[١٦] لم ترث[١٧].

---

(٧) أي فدل على ان وقت العقد هو المعتبر.

(٨) أي من اعتبار وقت وجود الصفة .

(٩) حيث يعتبر العتق فيه من الثلث.
بجامع حصول العتق في حال المرض ، في كل من الاصل وهو مالو ابتدأ العتق في المرض والفرع وهو مالو علق العتق في الصحة ودخل العبد الدار في المرض .
ولما كان حكم الاصل وقوع العتق من الثلث ، كان حكم الفرع كذلك فيقع عتق العبد اذا دخل الدار في المرض من الثلث أيضا لذلك .

(١٠) أي في العتق في المرض.

(١١) أي بالورثة بتفويت مالية العبد عليهم بعتقه .

(١٢) أي في تعليق العتق في الصحة وحصول الصفة في المرض.

(١٣) فبطل قياس احدهما على الآخر للفارق المذكور.

(١٤) أي الرجل امرأته .

(١٥) معاملة له بنقيض قصده ، اذ رام حرمانها من الارث اضرارا بها .

(١٦) بأن قال في صحته : ان دخلت الدار فانت طالق ، فدخلت الدار في مرض موته .

(١٧) لانتفاء التهمة المذكورة هنا .
أي وبهذا الفارق بين الاصل والفرع يبطل قياسهم المذكور.

* مسألة (٣٦٨) : اذا اعتق فى المرض وعليه دين يستغرقه[1] رد العتق[2] . /١٩١ ى

وقال أبو حنيفه : لا يرد بل يستسعى العبد بقيمته للدين[3] .

لنا : انه[4] تبرع يعتبر من الثلث فلم ينفذ مع الدين ، كالهبة وسائر الوصايا[5] .

---

(١) أى مال المريض مرض الموت وهو قيمة العبد .

(٢) المنهاج ص ١٥٨ . الوجيز جـ ٢ ص ٢٧٦ .

وهو قول الحنابله أيضا :

انظر : شرح المنتهى جـ ٢ ص ٦٦١ . كشاف القناع جـ ٤ ص ٥٨٧ . وذكر فى المغنى جـ ١٠ ص ٣٢٨ رواية أخرى بأنه يعتق منه بقدر الثلث ويسترد الباقى .

واليه ذهب المالكية أيضا :

انظر : الشرح الكبير جـ ٤ ص ٣٥٩ . الجواهر جـ ٢ ص ٢٩٨ . شرح المنح : جـ ٤ ص ٥٦٥ .

وبه يقول ابن حزم أيضا ، انظر المحلى جـ ١٠ ص ٢٤٨ .

(٣) بدائع الصنائع جـ ٤ ص ٩٩ .

(٤) أى العتق فى المرض .

(٥) حيث لا تنفذ مع استغراق الدين جميع المال .

بجامع ان كلا تبرع يعتبر وفاؤه من الثلث . اما الاصل فالهبة وسائر الوصايا ، واما الفرع فالعتق .

ولما كان حكم الاصل عدم نفاذه مع الدين المستغرق ، كان حكم الفرع كذلك فلا ينفذ العتق مع الدين المستغرق أيضا لذلك .

قالوا : عتق صادف ملكه وهو من أهل التصرف ، فأشبه حال الصحة.(٦)

قلنا : الا انه(٧) لاجل الغرماء ، كغير(٨) ملكه ،(٩) ولهذا لا تجب فيه الزكاة(١٠)

ويجوز للغرماء أخذه ، وحال الصحة يتعلق الدين بذمته(١١) ، وهاهنـــا(١٢)

---

(٦) حيث ينفذ عتقه فيه قطعا .

بجامع مصادفة العتق ملكه حالة كونه من أهل التصرف ، في كل من الأصـل

وهو العتق في حال الصحة ، والفرع وهو العتق في حال المرض.

ولما كان حكم الاصل صحة العتق فيه ، كان حكم الفرع كذلك فيصـــح

في حال المرض أيضا لذلك .

(٧) أي رد العتق في حال المرض اذا احاط الدين بماله .

(٨) في الاصل : كعين . وفي نسخة ((ب)) : بغير . / وهما محرفتـان ،

والصواب ما أثبتناه .

(٩) حيث يمنع من التصرف فيه قطعا .

بجامع تعلق حق الغير به ، في كل من الاصل وهو ملك الغير ، والفـرع

وهو العتق .

ولما كان حكم الاصل عدم نفاذ تصرفه فيه ، كان حكم الفرع كذلك فـــلا

ينفذ تصرفه في العتق اذا استغرق الدين جميع المال أيضا لذلك .

(١٠) أي في المال المستغرق بالدين .

(١١) أي لا بعين ماله .

أي ولذلك صح عتقه وان أحاط الدين بماله .

(١٢) أي حال المرض.

يتعلق بعين ماله،[١٣] ولهذا تنفذ هبته[١٤] وهاهنا[١٥] لا تنفذ.[١٦]

* مسألة (٣٦٩) : ينجر[١] الولاء[٢] الى موالى الجد[٣] فى أظهر الوجوه، ومن أصحابنا من قال ان كان الأب حيا لم ينجر ومنهم من قال لا ينجر بحال[٤]. / ١٩١ ش.

---

(١٣) فبطل العتق فيه لتفويته حق الفرماء فيه.

(١٤) أى فى حال الصحة وان كان عليه دين يستغرق ماله.

(١٥) فى نسخة ((ب)): وهذا ./ أى فى حال المرض.

(١٦) أى الهبة. أى اذا كان عليه دين يستغرق ماله، والا نفذت من الثلث قطعا.

أى وهذا فارق بين الاصل والفرع يبطل به قياسهم المذكور.

(١) معنى الانجرار: ان ينقطع الولاء عن جهة الى اخرى.

فلو نكح عبد معتقة فأتت بولد، فولاؤه لمولى الأم المنعم عليه، فانه عتق باعتاق امه، فان اعتق الأب انجر الولاء من موالى الأم الى موالى الأب، لأن الولاء فرع النسب، والنسب الى الأباء دون الأمهات، وانما ثبت لموالى الأم لعدمه من جهة الأب، فاذا امكن ثبوته للأب عاد الى موضعه.

فاذا انجر الولاء الى موالى الأب ولم يبق منهم أحد لم يرجع الى موالى الأم، بل يكون الميراث لبيت المال. أهـ مغنى المحتاج جـ٤ ص ٥٠٨ بتصرف.

(٢) فى نسخة ((ب)) : للولاء.

والولاء فى اللغة : القرابة، من الموالاة وهو المعاونة والمقاربة.

وفى الشرع : عصوبة سببها زوال الملك عن الرقيق بالحرية.

وعصوبة الولاء متراخية عن عصوبة النسب، فيرث بها المعتق باسم الفاعل - ويلى امر النكاح والصلاة على العتيق ويعقل عنه الدية.

والاصل فى الولاء قوله تعالى : (فان لم تعلموا آباءهم فاخوانكم فى الدين =

. . . .

= وموالیكم) الأحزاب آية / ٥
وقوله صلى الله عليه وسلم (فانما الولاء لمن أعتق) رواه مسلم جـ٢ ص ١٤١
كتاب العتق ، باب انما الولاء لمن أعتق ، رقم / ٥ عن عائشة مرفوعـــا .
انظر مغنى المحتاج جـ٤ ص ٥٠٦ .
وحكم الولاء : العصوبة فيفيد الميراث وولاية التزويج وتحمل العقل والولاء
للمعتق . أهـ الوجيز جـ٢ ص ٢٨٠ .

(٣) وصورة ذلك : ان يتزوج عبد معتقة لقوم ويحصل له منها ولد ، فان ولاء الولد يكون لمولى الأم ، فاذا اعتق الاب انجر ولاؤه الى موالى أبيه ، فـان لم يعتق الأب بل اعتق الجد ، انجر الولاء الى موالى الجد أيضـــا. خلافا للحنفية .

(٤) الوجيز جـ٢ ص ٢٧٩ . المنهاج ص ١٥٩ .
وبانجراره الى موالى الجد يقول المالكية أيضا :
انظر : الشرح الكبير جـ٤ ص ٤١٩ . الجواهر جـ٢ ص ٣١٥ . شرح المنح جـ٤ ص ٦٤٠ .

وهو قول أبى حنيفة.(٥)

لنا : (٦) ان لـه (٧) ولادة وتعصيبا (٨) فأشبه الأب ، (٩) ولأن الـولاء (١٠)

---

(٥) خلافا لزفر ، حيث قال : ان كان الأب حيا فالجد لا يجر الولاء وان كان ميتا يجر الولاء .
انظر: حاشية الشلبى جـ٥ ص١٧٧ . لكن ذكر السرخسى ان الحسن ابن أبى زياد روى عن أبى حنيفة : ان الجد يجر الولاء الى مواليـه ، ثم قال السرخسى : وفى ظاهر الرواية : الجد لا يجر الولاء ، بخـلاف الأب . أهـ المبسوط جـ٨ ص٨٧ .
وبعدم انجراره يقول الحنابلة أيضا :
انظر: شرح المنتهى جـ٢ ص٦٤٦ . كشاف القناع جـ٤ ص٦٥٠ . وذكر فى المغنى جـ٦ ص٤٢٠ كتاب الولاء عن أحمد رواية أخرى انه يجره ، وفاقا للشافعى .
ولم أقف على قول ابن حزم فى هذه المسألة .

(٦) فى نسخة ((ب)) : هو أن .

(٧) أى للجد .

(٨) فى نسخة ((ب)) : وتعصبا . / بلا ياء ، والأصح بها . فانه يقال : عصبه يعصبه تعصيبا . ومنه قولهم : عصب رأسه بالعصابة تعصيبا .
واما الثلاثى منه اعنى بدون تشديد الصاد المهملة فمن باب ضرب ، فلا ياء فيه . انظر المختار ص٤٣٥ .

(٩) أى فى انجرار الولاء الى مواليه .
بجامع الولادة والتعصب فى كل من الاصل وهو الأب ، والفرع وهو الجد .
ولما كان حكم الاصل انجرار الولاء الى مواليه ، كان حكم الفرع كذلك فينجر الولاء الى موالى الجد أيضا لذلك .

(١٠) فى نسخة ((ب)) : المولى . / وهو خطأ .

لحمة (١١) كلحمة النسب والجد كالأب فى النسب. (١٢)

قالوا : لو انجر اليه لاستقر عليه ، (١٣) كالأب. (١٤)

قلنا : مولى الأم يثبت له الولاء ، ولا يستقر عليه. (١٥)

قالوا : الأم تدلى بنفسها ، (١٦) فوجب ان ينجر الولاء عن مولاها الى من يدلى بغيره. (١٧)

---

(١١) بضم اللام فهاء ساكنة ، وقيل بفتح اللام ، وهو الاختلاط ، أو بمعنى الملاصقة.

قال القليوبى : وتفسير بعضهم له بالقرابة بعيد. أهـ القليوبى جـ٤ص٣٥٧.

(١٢) أى فيكون مثله فى الولاء.

بجامع وجود لحمة النسب ، فى كل من الاصل وهو الأب والفرع وهو الجد.

ولما كان حكم الاصل انجرار الولاء الى مواليه ، كان حكم الفرع كذلك فينجر الولاء الى موالى الجد أيضا لذلك.

(١٣) أى على الجد ، أى والحال انه لا يستقر عليه ، بل ينتقل عنه الى موالى الأب اذا اعتق بعد الجد.

(١٤) حيث ينجر ولاء الابن اليه ويستقر عليه.

(١٥) وانما يثبت الولاء لمولى الأم فى حال انعدام الأب والجد حقيقة بالموت أو حكما بالرق ، فاذا اعتق الأب لم يستقر ولاء الابن على موالى الأم بل ينتقل الى موالى الأب.

أى فبطل اعتبار عدم استقرار الولاء فى الجد علة فى عدم انجرار الولاية اليه ، لوجود هذه العلة فى مولى الأم وتخلف الحكم عنها.

(١٦) أى تتصل قرابتها بالابن بنفسها أى مباشرة من غير واسطة ، لقربها منه.

(١٧) وهو الجد ، فانه يدلى الى الولد بالأب.

أى ان جهة الأم اقوى من جهة الجد ، لانها تدلى الى الابن بلا واسطة والجد يدلى اليه بواسطة الأب ، فوجب ان لا ينجر الولاء عن مواليها الى مواليه.

قلنا : الاعتبار[١٨] بالنسب لا بالقوة ،[١٩] الا ترى ان ولادة الأم أقوى لانها متيقنة ،[٢٠] ثم ينجر الولاء عنها الى موالى الأب وان كانت ولادته مظنونة .[٢١]

* مسألة (٣٧٠) : اذا لحق مولى المسلم[١] بدار الحرب لم يسترق.[٢] ١٩١/٠ش.
وقال أبو حنيفة : يسترق .[٣]

---

(١٨) أى فى الولاء .

(١٩) أى والنسب لا حق بالجد ، فكان أولى بجر الولاء الى مواليه ، لانتساب الولد اليه ، من جر الأم الولاء الى مواليها ، لعدم انتساب الولد اليها .

(٢٠) أى بخلاف ولادة الأب فانها مظنونة ، لاحتمال أن تكون الأم قد حملت به سفاحا .

(٢١) أى فدل ذلك على ان الاعتبار فى الولاء للنسب .

(١) أى عبد المسلم العتيق .

(٢) أى اذا سبى ثانية .
انظر : الوجيز جـ٢ ص ١٩١ . المنهاج ص ١٣٧ كتاب السير .
وهو قول الحنابلة أيضا :
انظر : كشاف القناع جـ٤ ص ٥٦٢ . شرح المنتهى جـ٢ ص ١١٠ . وذكر فى المحرر جـ٢ ص ١٧٣ رواية أخرى عن أحمد انه يسترق .
وبه يقول ابن حزم . انظر المحلى جـ٧ ص ٤٧٨ .

(٣) بل قال : لا يسترق ، خلافا للصاحبين حيث ذهبا الى انه يسترق .
ومحل الخلاف بين الامام وصاحبيه : هو ما اذا كان العبد الابق مسلما ، والا بان كان مرتدا فان الكفار يملكونه بالاجماع بين الثلاثة ، واما العبد الذمى اذا ابق ففى ملك الكفار له قولان فى المذهب . =

لنا : هو أن الولاء حق ثابت للمسلم (٤) ، فلا يجوز ابطاله بالقهر ، كأملاكه (٥) .

قالوا : حربى (٦) ، فجاز استرقاقه ، كما لو لم يكن عليه ولاء أو كان عليه ولاء ذمى (٧) .

قلنا : اذا لم يكن عليه ولاء فليس فيه ابطال حق مسلم (٨) ، وفى هذا (٩) ابطال حق المسلم (١٠) ،

ومولى الذمى يسترق ، لأن الذمى نفسه يسترق . والمسلم لا يسترق فكذلك مولاه (١١) .

= انظر: الهداية جـ٥ ص٢٦٢ ، كتاب السير ، باب استيلاء الكفار . وانظر الكفاية ايضا عليه ص٤٦٠ . التبيين جـ٤ ص٢٦٤ . مجمع الانهر جـ١ ص٦٥٤ .

وذهب المالكية الى انه ان علم به صاحبه قبل قسمة الغنيمة فهو له ، لا يسترق ، والا بان علم به بعد القسمة ، فهو احق به بالثمن . انظر القوانين ص ١٧١ .

(٤) أى على عبده الذى أعتقه

(٥) حيث لا يجوز انتزاعها من المسلم قهرا عنه .

بجامع ثبوت الحق له فيه فى كل من الاصل وهو املاكه ، والفرع وهو الولاء .

ولما كان حكم الاصل عدم جواز ابطاله بالقهر ، كان حكم الفرع كذلك

فلا يجوز ابطال حقه فى الولاء بالقهر أيضا لذلك .

(٦) أى صار حربيا بسبب لحاقه بدار الحرب .

(٧) حيث لا يمنع ذلك استرقاقه .

بجامع ان كلا حربى ، اما الاصل فما لو لحق بدار الكفر ولا ولاء عليه لأحد أو كان عليه ولاء لذمى ، واما الفرع فما لو كان عليه ولاء لمسلم .

ولما كان حكم الاصل جواز استرقاقه ، كان حكم الفرع كذلك فيجوز استرقاق مولى المسلم اذا لحق بدار الحرب أيضا لذلك .

(٨) أى وليس هذا محل النزاع فى هذه المسألة .

(٩) أى فى تجويز استرقاق مولى المسلم اذا ابق الى دار الحرب ثم سبى ثانية .

(١٠) وهو ما يستحقه عليه بالولاء من الارث والعقل وغير ذلك .

فبطل قياسهم من عليه ولاء لمسلم على من لا ولاء عليه لأحد ، للفارق المذكور .

(١١) أى لا يجوز استرقاقه .

اى وهذا فارق بين الاصل والفرع فى سهم مولى المسلم على مولى الذمى ، والقياس مع الفارق باطل .

" مسائل المدبّـــــر " (*)

* مسألة (٣٢١) : يجوز بيع المدبر. (١) / ١٩١ش.

(*) زاد فى نسخة ((ب)) البسملة بعد قوله : مسائل المدبر.
والمدبر اسم مفعول من التدبير،
والتدبير فى اللغة : النظر فى عواقب الأمور.
وفى الشرع : تعليق عتق بالموت .
وانما سمى العتق المعلق بموت السيد تدبيرا ،لأن الموت يأتى بعد الحياة والعتق صفة متعلقة به ، أعنى بالموت ، ولذلك فلا يحتاج الى عتق بعد الموت من أحد ، بخلاف الوصية به فانها تحتاج الى ايقاع العتق من الورثة .
وقد كان التدبير معروفا لدى العرب فى الجاهلية ،فأقره الشرع.
وقيل : انه مبتدأ فى الاسلام ،ولا تعرفه العرب قبله .
والاصل فى مشروعيته السنة والاجماع .
اما السنة فما رواه مسلم فى صحيحه جـ٢ ص ١٢٨٩ كتاب الايمان ، باب جواز بيع المدبر، رقم / ٥٨ . عن جابر بن عبد الله : ان رجلا من الأنصار اعتق غلاما له عن دبر، لم يكن له مال غيره ، فبلغ ذلك النبى صلى الله عليه وسلم فقال : من يشتريه منى ؟ فاشتراه نعيم بن عبد الله بثمانمائة درهم ، فدفعها اليه .أهـ
وقد اجمعت الامة على مشروعيته . انظر رحمة الامة ص ٣٣٠ والمراتب ص ١٦٢ .
وأركان التدبير ثلاثة : صيغة ومالك ومحل .
والصيغة فيه نوعان : صريح وكناية ، وهذه تحتاج الى نية فى ارادة التدبير بلفظها .
ثم التدبير نوعان : تدبير مقيد : كقوله لعبده : ان مت من مرضى هذا فانت حر .
=

....

= والثاني : تدبير معلق أو مطلق : كان مت فانت حر ، أو ان دخلت الدار فانت حر بعد موتي .

انظر : مغني المحتاج جـ٤ ص ٥٠٩ .

(١) الوجيز جـ٢ ص ٢٨٢ . المنهاج ص ١٥٩ . شرح المحلى جـ٤ ص ٣٥٨ .

وهو قول الحنابلة أيضا :

انظر : شرح المنتهى جـ٢ ص ٦٦٣ . كشاف القناع جـ٤ ص ٥٩٤ . وذكر في المغني جـ١٠ ص ٣٤٨ رواية اخرى انه لا يجوز بيعه الا في الدين ، اذا كان السيد فقيرا لا يملك شيئا ، وعنه رواية ثالثة انه يجوز بيع العبد دون الأمة ، وروى عنه التسوية بينهما فما جاز فيه جاز فيها .

وبجواز بيعه يقول ابن حزم أيضا . انظر المحلى جـ١٠ ص ٢٤٩ .

وقال أبو حنيفة : لا يجوز.(٢)

لنا : ماروى جابر أن رجلا دبّر(٣) غلاما له ليس له مال غيره ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم (من يشتريه مني ؟ فاشتراه نعيم).(٤)

---

(٢) ومحله: اذا كان التدبير بمطلق الموت ، واما المدبر المقيد فيجوز بيعه وهبته ورهنه ، فالمطلق ان يقول : اذا مت فانت حر.
والمقيد أن يقول : ان مت في سفرى أو مرضى هذا ، ونحو ذلك ، فأنت حرّ.
انظر : الهداية جـ٤ ص ٣١٨ وفتح القدير عليه. التبيين جـ٣ ص ٩٨ . مجمع الأنهر جـ١ ص ٥٣٢.
ومنع المالكية بيعه في المشهور من المذهب . ومحله: مالم يعتقه المشتري.
انظر: الشرح الكبير جـ٤ ص ٣٨٣ . الجواهر جـ٢ ص ٣٠٥ . شرح المنح جـ٤ ص ٦٠٠ . القوانين ص ٤١٥.

(٣) في نسخة ((ب)) : دين . / وهو تحريف .

(٤) رواه مسلم جـ٢ ص ١٢٨٩ كتاب الايمان ، باب جواز بيع المدبر . رقم / ٥٨. وفيه: انه اشتراه بثمانمائة درهم .
ورواه البخاري جـ٢ ص ٨١ كتاب العتق ، باب بيع المدبر. وفيه: ان العبد مات بعد ذلك بقليل .
ورواه أبو داود جـ٤ ص ٢٧ كتاب العتق ، باب في بيع المدبر ، رقم/ ٣٩٥٥
ورواه أيضا من طريق أبي الزبير عن جابر، رقم/ ٣٩٥٧ وفيه ان الرجل كان من الانصار يكنى بأبي مذكور وان الغلام يقال له يعقوب . وان الذى اشتراه اسمه نعيم بن عبدالله بن النحام ، وان ثمنه ثمانمائة درهم .
وان النبي صلى الله عليه وسلم قال بعد ذلك : اذا كان أحدكم فقيرا فليبدأ بنفسه فان كان فيها فضل فعلى عياله ، فان كان فيها فضل فعلى ذى

فان قيل : روى انه انما باع خدمة المدبّــر . (٥)

= قرابته ،أو قال : على ذى رحمه ،فان كان فضلا فهہنا وهاهنا .أهـ.

ورواه ابن ماجه جـ٢ ص ٨٤٠ كتاب العتق ،باب المدبر. رقم/٢٥١٣ .

وانظر ترجمة جابر بن عبد الله فى المسألة رقم (١٨) هامش (٢٨) .

(٥) رواه الدارقطنى جـ٤ ص ١٣٨ كتاب المكاتب، رقم/٤٤ فذكر من تتمة حديث جابر المذكور قول أبى جعفر - أحد رجال السند - شهدت الحديث من جابر : انما اذن فى بيع خدمته .

قال الدارقطنى : عبد الغفار ضعيف - هو أحد رجال السند - ورواه غيره عن أبى جعفر مرسلا .أهـ

بل قال عبد الحق : عبد الغفار هذا يرمى بالكذب ، وكان غاليا فى التشيع . أهـ

وقال صاحب التنقيح : وعبد الغفار من غلاة الشيعة ،وقد روى عنه شعبة ، قال ابن عدى : ومع ضعفه يكتب حديثه .أهـ أى للاعتبار.

وقال ابن القطان : هو مرسل صحيح ،لانه من رواية عبد الملك بن أبى سليمان العرزمى وهو ثقة ، عن أبى جعفر وهو ثقة .أهـ جميعها فى النصب جـ٣ ص ٢٨٦ .

فللحديث طريقان : أحداهما مرفوعة وهى عن جابر، من طريق عبد الغفار وهو ضعيف .

والثانية مرسلة ، وهى عن أبى جعفر من طريق عبد الملك بن أبى سليمان العرزمى وهو ثقة .

فالحديث مرفوعا ضعيف . ومرسلا صحيح .

قلنا : قال أبو بكر النيسابوري (٦) : هذا مرسل (٧) . ولانه عتق (٨) بصفة (٩) ،

---

(٦) هو أبو بكر عبد الله بن محمد بن زياد بن واصل بن ميمون النيسابوري ولد سنة ثمان وثلاثين ومائتين وتوفي سنة أربع وعشرين وثلاثمائة ، وهو مولى أبان ابن عثمان بن عفان سكن بغداد وجمع بين الفقه والحديث قال الدارقطني : مارأيت احفظ منه .

قال الشيخ أبو اسحاق في الطبقات : كان زاهدا بقي أربعين سنة لم ينم الليل ، يصلي الصبح بطهارة العشاء ، واتفق العلماء على توثيقه والثناء عليه .

انظر تهذيب النووي ، القسم الأول ص ١٩٧ رقم ٣٠٢ .

(٧) الا انه مرسل صحيح ، كما قال ابن القطان ، كما في النصب جـ٣ ص ٢٨٦ .

لكن الشافعي يرد المرسل مالم تتوفر فيه شروط :

الأول : ان يروى من طريق آخر موصولا أو مرسلا مع تباين الرواة في الطريقين .

الثاني : أن يكون الذي أرسله من كبار التابعين ، كابن المسيب وكان لا يرسل الا عن ثقة .

الثالث : ان يتعضد الخبر بقول صحابي أو أكثر العلماء . انظر التيسير : جـ٣ ص ١٠٢ .

وليس شئ من هذا موجودا في هذا الحديث ، فهو ضعيف عند الشافعي بذلك .

(٨) في نسخة ((ب)) : وان عتق نصفه . / وهو تصحيف .

(٩) أي بشرط وهو موت السيد .

ثبت بقول المعتق وحده فلا يمنع البيع ،كالتدبير المقيد .[١٠] ولأن مالا يمنع جواز البيع مقيده[١١] لم يمنع مطلقه كالعتق بالصفة ،[١٢] ولأن ما اعتبر من الثلث ، وتنجز بالموت ،لم يمنع البيع ،كالوصية .[١٣]

---

(١٠) حيث لا يمتنع به بيع المدبر تدبيرا مقيدا .
بجامع ان كلا عتق بصفة ثبت بقول المعتق وحده ،أما الاصل فهو التدبير المقيد ، واما الفرع فهو التدبير المطلق .
ولما كان حكم الاصل جواز بيعه فيه ، كان حكم الفرع كذلك ، فيجوز بيعه فى التدبير المطلق أيضا لذلك .

(١١) أى التدبير المقيد .

(١٢) حيث لا يمتنع بيع العبد المعلق عتقه بصفة ،سواء كانت مطلقة ،كقوله لعبده : ان جاء زيد فأنت حر ،أو مقيدة : كان جاء زيد اليوم فانت حر .
بجامع جواز بيع المقيد عتقه ، فى كل من الاصل وهو العتق بالصفة ، والفرع وهو التدبير المطلق .
ولما كان حكم الاصل جواز بيع المعلق عتقه بصفة مطلقا ، كان حكم الفرع كذلك فيجوز بيع المدبر المطلق أيضا لذلك .

(١٣) حيث يجوز للسيد بيع عبده الموصى بعتقه .
بجامع ان كلا يعتبر من الثلث ويتنجز بالموت ، اما الاصل فالوصية بعتق العبد ، واما الفرع فتدبيره .
ولما كان حكم الاصل جواز بيعه فيها ، كان حكم الفرع كذلك فيجوز بيع العبد المدبر أيضا لذلك .

قالوا : روى ابن عمر أن النبى صلى الله عليه وسلم قال (المدبّر لا يباع ولا يوهب) . (١٤)

قلنا : قال الدارقطنى (١٥) : لم يسنده غير عبيدة بن حسان (١٦) وهو ضعيف ،

---

(١٤) رواه الدارقطنى جـ٤ ص ١٣٨ كتاب المكاتب . رقم/ ٥٠ من طريق عبيدة بن حسان عن أيوب عن نافع عن ابن عمر أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : المدبر لا يباع ولا يوهب ، وهو حر من الثلث . أهـ.
قال الدارقطنى : لم يسنده غير عبيدة بن حسان وهو ضعيف ، وانما هو عن ابن عمر موقوف من قوله . أهـ.

وقال ابن القطان : عبيدة هذا قال فيه أبو حاتم : منكر الحديث ، وأبو معاوية عمرو بن عبد الجبار الجزرى راويه عنه مجهول الحال وقد رواه حماد بن زيد عن أيوب عن نافع عن ابن عمر من قوله ، وهو الصحيح ، لثقة حماد ، وضعف عبيدة . أهـ
النصب جـ٣ ص ٢٨٥ .
وانظر ترجمة ابن عمر فى المسألة رقم (٤) هامش (٣) .

(١٥) انظر ترجمته فى المسألة رقم (١) هامش (٢٨) .

(١٦) هو عبيدة بن حسان العنبرى السنجارى .

روى عن الزهرى وقتادة ، وروى عنه خالد بن حيان الرقى وغيره .

قال أبو حاتم : منكر الحديث ، وقال ابن حبان : يروى الموضوعات عن الثقات .

انظر الميزان جـ٣ ص ٢٦ رقم/ ٥٤٦١ .

والصحيح عن ابن عمر،[١٧] ثم نحمله[١٨] على أنه لا يباع ولا يوهب بعد موت المولى.[١٩]

قالوا : استحق العتق بموت السيد على الاطلاق،[٢٠] فأشبه أم الولد.[٢١]

قلنا : لا يستحق على الاطلاق بل بموته وعدم الدين والخروج من الثلث.[٢٢]

ثم يبطل به اذا قال : كل مملوك املكه فهو حرّ بعد موتى، ثم ملك عبدا،[٢٣] وعتق

---

(١٧) أى موقوفا عليه .

انظر سنن الدارقطنى جـ٤ ص ١٣٨ كتاب المكاتب، آخر الحديث رقم / ٥٠ .

(١٨) أى على فرض التسليم بصحته .

(١٩) أى فيكون النهى موجها الى الورثة لا الى السيد .

(٢٠) لأن فرض المسألة فى التدبير المطلق .

(٢١) أى فى عدم جواز بيعها .

بجامع استحقاق العتق بموت السيد على الاطلاق، فى كل من الأصل وهو أم الولد، والفرع وهو المدبر.

ولما كان حكم الاصل عدم جواز بيعها ، كان حكم الفرع كذلك فلا يجوز بيع المدبر أيضا لذلك .

(٢٢) أى فهو استحقاق مقيد، بخلاف أم الولد فانها تعتق بموته بلا قيد .

أى وبهذا الفارق بينهما يبطل قياسهم المذكور.

(٢٣) حيث لا يتناوله العتق ، لانه لم يكن مملوكا وقت اليمين مع ان لفظ السيد مطلق .

أم الولد يستحق (٢٤) بالشرع (٢٥)، فلم يملك ابطاله (٢٦)، كالميراث (٢٧)، وهذا ثبت (٢٨) بقوله، فهو كالوصية (٢٩)، ولان ذاك (٣٠) كالعتق المنجز (٣١)، ولهذا لا يضمن (٣٢)

---

(٢٤) فى نسخة ((ب)) : مستحق .

(٢٥) أى وليس بقول السيد . اذ متى حملت منه أصبحت أم ولد له ، تعتق بموته . فكأن ولدها قد اعتقها لا السيد .

(٢٦) حيث لا يمكن ابطاله عمن استحقه .
بجامع استحقاقه بالشرع ، فى كل من الاصل وهو الميراث ، والفرع وهو عتق أم الولد ،
ولما كان حكم الاصل عدم جواز ابطاله عمن استحقه ، كان حكم الفرع كذلك فلا يملك السيد ابطال عتق أم الولد أيضا لذلك .

(٢٧) أى انعتق بالتدبير .

(٢٨) فى نسخة ((ب)) : يثبت .

(٢٩) حيث يجوز للموصى الرجوع بها متى شاء ويبيع عبده الموصى به .
بجامع الثبوت بقوله فى كل من الاصل وهو الوصية ، والفرع وهو التدبير .
ولما كان حكم الاصل جواز الرجوع بها ، كان حكم الفرع كذلك فيجوز للسيد الرجوع بتدبير عبده أيضا لذلك .
والمراد : اثبات الفارق بين الاصل والفرع لابطال قياسهم المذكور به .

(٣٠) أى العتق بالاستيلاد .

(٣١) أى فى عدم رفعه بعد الوقوع . كما لو قال لعبده : انت حرّ ، وقع للحال .

(٣٢) بالبناء للمفعول .

عده (٣٣) بالغصب (٣٤) ولا يستسعى فى الدين ويسرى الى نصيب الشـــريك فى الحال ، كالمعتق ، والمدبر بخلافه، (٣٥) ولان (٣٦) ذاك (٣٧) يعتبر من رأس المـــال فهو كالدين ، (٣٨) وهذا (٣٩) يعتبر (٤٠) من الثلث ، فهو كالوصيــة ، (٤١) ولأن ذاك (٤٢) حصل

---

(٣٣) أى أم الولد .

(٣٤) لانها صارت كالحرة ، والحر لا يضمن باليد ، وانما يضمن بالاتلاف ، أى عند أبى حنيفة خلافا للصاحبين . انظر مجمع الأنهر جـ٢ ص ٤٧٠ .

(٣٥) حيث يضمن بالغصب ، لانه مال ، ويستسعى بالدين ، لانه مملـــوك ، ولا يسرى العتق الى نصيب الشريك بتدبير الآخر نصيبه منه .
أى وبهذا الفارق بين العتق بالتدبير والعتق بالاستيلاد يبطل قياسهم المذكور .

(٣٦) سقط حرف (النون) فى (لأن) من نسخة ((ب)) .

(٣٧) أى عتق أم الولد .

(٣٨) حيث يعتبر من رأس المال فيدفع الى الغرماء قبل قسمة التركة علـــى الورثة .

(٣٩) أى عتق المدبر.

(٤٠) فى نسخة ((ب)) : تعيين ./ وهو تحريف .

(٤١) حيث تعتبر من الثلث . ويعتمد مازاد عليه منها ، على اجازة الورثـة .
وهذا فارق ثان بين الاصل والفرع فى قياسهم أيضا .

(٤٢) أى العتق بالاستيلاد .

بفعل ، وهذا (٤٣) حصل بقول ، فضعف (٤٤) .

قالوا : استفاد بحق الحرية حرية خرج بها عن سمة القن (٤٥) ، فأشبه المكاتب (٤٦) .

قلنا : يبطل بالمعتق نصفه ، والمدبر المقيد (٤٧) ، ولأن ذاك (٤٨) استحق

---

(٤٣) أى العتق بالتدبير.

(٤٤) أى فيجوز فسخه ، ويعتبر فى حال الامضاء من الثلث .
وهذا فارق ثالث بين الاصل والفرع فى قياسهم يتأكد به بطلانه .

(٤٥) فى نسخة ((ب)) : سمة العتق ./ وهو تحريف ، والسمة بكسر السين المهملة بعدها ميم مفتوحة ، هى العلامة والهيئة ، من السمت بفتح فسكون .
انظر المختار ص ٣١٢ مادة سمت .
والقن بكسر القاف فنون مشددة ، هو العبد اذا ملك هو وأبواه .
انظر المختار ص ٥٥٣ .
والمقصود بالقن العبد الخالص فى الرق .
وهو من يملك هو وأبواه . واما العبد فهو من غلب على الرق فاستعبد .
انظر المصباح جـ ٢ ص ١٧٧ .

(٤٦) حيث لا يجوز بيعه .
بجامع الخروج عن صفة القن ، فى كل من الاصل وهو المكاتب ، والفرع وهو المدبر .
ولما كان حكم الاصل عدم جواز بيعه ، كان حكم الفرع كذلك فلا يجوز بيع المدبر أيضا لذلك .

(٤٧) حيث استحقا بحق الحرية حرية خرجا بها عن سمة القن ، ثم يجوز لشريك المعتق نصفه بيع نصيبه منه ، ويجوز بيع المدبر المقيد ، فبطل ماجعلوه علة فى منع بيع المدبر المطلق لذلك .

(٤٨) أى المكاتب .

العتق بعوض (٤٩) فهو كالبيع والخلع، (٥٠) وهذا (٥١) بغير عوض فهو كالهبة والطلاق، (٥٢)
ولأن ذاك (٥٣) استقر عتقه، (٥٤) ولهذا لو اعتق المكاتبة عتقت بحكم الكتابة (٥٥)
حتى يتبعها الولد والكسب (٥٦) بخلاف المدبر. (٥٧)

---

(٤٩) وهو ما يدفعه لسيده فى مقابل عتقه من مال الكتابة .

(٥٠) حيث لا يستطيع البائع والزوج نقضه بعد ابرامه .
بجامع الاستحقاق بعوض، فى كل من الاصل وهو البيع والخلع والفرع
وهو المكاتبة .
ولما كان حكم الاصل عدم جواز نقضه ، كان حكم الفرع كذلك فلا يجوز بيع
المكاتب أيضا لذلك .

(٥١) أى التدبير.

(٥٢) حيث يجوز الرجوع فيه قبل القبض فى الهبة وقبل انتهاء العدة فى الطلاق .
بجامع الاستحقاق بغير عوض فى كل من الاصل وهو الهبة والطلاق ، والفرع
وهو التدبير.
ولما كان حكم الاصل جواز الرجوع فيه ، كان حكم الفرع كذلك فيجوز بيع
المدبر أيضا لذلك .

(٥٣) أى المكاتب .

(٥٤) أى بعقد الكتابة حيث لا يجوز للسيد نقضه مالم يعجز العبد عن الأداء .

(٥٥) لانه سابق على العتق المنجز ، وان كان التنجيز قد عجل بحصول العتق.

(٥٦) ولو كان العتق قد حصل بالمنجز وحده ، لما تبعها ولدها وكسبها به .

(٥٧) فان عتقه لم يستقر بعد ، لانه متعلق بموت سيده . فجاز بيعه لذلك .
أى وبهذه الفوارق بين المدبر والمكاتب يبطل قياسهم المذكور.

* مسألة (٣٧٢) : المدبّرة لا يتبعها ولدها فى أحد القولين(١). / ١٩٢ ى.
وقال أبو حنيفة : يتبعها(٢).

---

(١) ومحل الخلاف : مالم تلده قبل التدبير، والا بان ولدته قبله لم يتبعها فيه قطعا ، ومحله أيضا : مالم تلده قبل موت السيد ، والا بان كان حملا وقت موت السيد تبعها فيه قطعا .
انظر مغنى المحتاج جـ٤ ص ٥١٣.
وصورة المسألة : اذا دبر السيد امته ، فحملت بعد التدبير أو وضعت قبل موت السيد فهل يثبت التدبير لوليدها أيضا أم لا .؟ قولان . أظهرهما لا يثبت .
انظر : المنهاج ص ١٦٠. الوجيز جـ٢ ص ٢٨٣ . شرح المحلى : جـ٤ ص ٣٦٠.
(٢) ومحله : اذا كان ولد مدبرة تدبيرا مطلقا ، والا بان كان تدبيرها مقيدا فلا يتبعها .
انظر: الهداية جـ٤ ص ٣٢٢ وفتح القدير عليه . مجمع الأنهر جـ١ ص ٥٣٣.
المبسوط جـ٧ ص ١٨٠ .
وهو قول الحنابلة أيضا :
انظر : شرح المنتهى جـ٢ ص ٦٦٤ . كشاف القناع جـ٤ ص ٥٩٥ . وذكر فى المغنى جـ١٠ ص ٣٥٢ رواية أخرى انه لا يتبعها .
واليه ذهب المالكية أيضا :
انظر : الشرح الكبير جـ٤ ص ٣٨٢ والتى تليها . الجواهر جـ٢ ص ٣٠٥.
شرح المنح جـ٤ ص ٥٩٩.
وبه يقول ابن حزم كذلك . انظر المحلى جـ١٠ ص ٢٤٩.

لنا : انه (٣) تدبير ،فأشبه التدبير المقيد . (٤)

واحتجوا : بما ذكرنا (٥) في المسألة قبلها .

وقد أجبنا عنه .

---

(٣) أى تدبير الأمة المطلق .

(٤) حيث لا يتبعها فيه ولدها قطعا .

بجامع التدبير فى كل من الاصل وهو التدبير المقيد ، والفرع وهو التدبير المطلق .

ولما كان حكم الاصل عدم تبعية ولدها لها فيه، كان حكم الفرع كذلك فلا يتبعها فى التدبير المطلق أيضا لذلك .

(٥) فى نسخة ((ب)) : بما ذكروا .

" مســـــائل الكتابـــــة " (*)

* مسألة (٣٧٣) : الكتابة الحالة لا تصح (١) . / ١٩٢ ى .

(*) زاد فى نسخة ((ب)) البسملة بعد العنوان المذكور .
والكتابة بكسر الكاف على الأشهر ، وقيل بفتحها . هى فى اللغة : الضم
والجمع ، لان فيها ضم نجم ، أى قسط الى نجم .
والنجم يطلق على الوقت الذى يحل فيه مال الكتابة . لأن العرف قد
جرى بكتابة ذلك فى كتاب يوافقه .
والكتابة شرعا : عقد عتق بلفظها - أى الكتابة - بعوض منجم بنجمين
فأكثر .
ولم تكن الكتابة معروفة فى الجاهلية ، فهى لفظ اسلامى كما قال الأزهرى
وهى جائزة على خلاف قواعد المعاملات من ثلاثة أوجه :
الأول : ان السيد باع ماله بماله ، لأن رقبة العبد وكسبه للسيد .
الثانى : يثبت فى ذمة العبد لمالكه مال ابتداء .
الثالث : يثبت الملك للعبد ، مع انه لا زال رقيقا . لكن جاز ذلك للحاجة .
ولما كان العتق مندوبا اليه فى الشرع وقد لا يسمح به السيد مجانا ، وليس
للعبد مال يفدى به نفسه ، مما يدفع العبد على بذل الوسع فى الاكتساب
وتحصيل المال ليزيل به الرق عن نفسه . فقد اجاز الشرع العقد
الكتابة مراعاة للحاجة المذكورة . كما اجاز الجعالة مع ما فيها من جهالة ،
للحاجة المذكورة أيضا .
ويقال للسيد مكاتب باسم الفاعل وللعبد مكاتب باسم المفعول ، والفعل
يسمى المكاتبة .
والاصل فى مشروعية الكتابة الكتاب والسنة والاجماع . =

....

= أما الكتاب: فقوله تعالى : (والذين يبتغون الكتاب مما ملكت أيمانكم فكاتبوهم ان علمتم فيهم خيرا) سورة النور آية / ٣٣ .
وأما السنة: فما رواه الترمذى جـ٣ ص ٥٦٢ كتاب البيوع ، باب ماجاء فى المكاتب اذا كان عنده مايؤدى . رقم/ ١٢٦١ عن أم سلمة قالت : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: اذا كان عند مكاتب احداكن مايؤدى فلتحتجب منه . أهـ
ثم قال : هذا حديث حسن صحيح . أهـ . الى غير ذلك من الأحاديث فى هذا الباب .
انظر مغنى المحتاج جـ٤ ص ٥١٦ . المصباح جـ٢ ص ١٨٤ .
وقد اجمعت الأمة على مشروعيتها . انظر المغنى جـ١٠ ص ٣٦٥ . رحمة الأمة ص ٣٣٠ .
ثم هى عقد لازم من قبل السيد ، جائز من قبل العبد ، فله فسخها متى شاء ولا كذلك السيد الا أن يعجز العبد عن الأداء . انظر المنهاج : ص ١٦١ .

(١) وقيل: اذا ملك بعضه وكان باقيه حرا جازت ، والا فلا . والصحيح: انه لا يجوز حالة مطلقا .
المختصر ص ٣٢٤ . الوجيز جـ٢ ص ٢٨٤ . المنهاج ص ١٦٠ : وشرط العوض كونه دينا مؤجلا . أهـ
وذكر فى مغنى المحتاج جـ٤ ص ٥١٨ عن الرويانى وابن عبد السلام جوازها حالة .
وهو قول الحنابلة أيضا :
انظر : كشاف القناع جـ٤ ص ٦٠١ . شرح المنتهى جـ٢ ص ٦٦٦ . المغنى : جـ١٠ ص ٣٧١ .

وقال أبو حنيفة : تصح .(٢)

لنا : ماروى عن عثمان (٣) انه غضب على عبد له فقال : لاعاقبنك ولاكاتبنك (٤) على نجمين (٥) وقال على عليه السلام : الكتابة على نجمين والايتاء ـــ

---

(٢) الهداية جـ٨ ص٩٦ . التبيين جـ٥ ص١٤٩ . مجمع الأنهر جـ٢ ص٤٠٦ .
وللمالكية فيه قولان ، ظاهر المدونة لزوم التنجيم ، قال خليل : وصحح خلافه .
قال الدسوقى نقلا عن ابن عاشر : ان هذا القول لبعض الأصحاب وصححه عبد الوهاب وغيره . أهـ
قال ابن رشد فى المقدمات : المذهب جوازها حالة ومؤجلة . أهـ وقال عياض : ظاهر المدونة اشتراط التنجيم . أهـ
وللدردير : ظاهرها ـ أى المدونة ـ لزوم التنجيم ، والأظهر خلافه لانه لابن رشد والمذهب الأول . أهـ
انظر : الشرح الكبير جـ٤ ص٣٨٩ . الجواهر جـ٢ ص٣٠٧ . شرح المنح جـ٤ ص٦٠٦ .
والى جوازها حالة ذهب ابن حزم أيضا . انظر المحلى جـ١٠ ص٢٦٤ .

(٣) هو ابن عفان رضى الله عنه ، انظر ترجمته فى المسألة رقم (١) هامش (٣٨)

(٤) فى نسخة ((ب)) : ولاكاتبك . / وهو تحريف . وفى الأصل : لاعاقبتك ولاكاتبتك . / بتاء المتكلم . وهو تصحيف ، والصواب بنون التوكيد .

(٥) جمع نجم بفتح الأول وسكون الثانى ، هو القسط من الثمن الذى يدفع فى وقت معين بحسب ماتم الاتفاق عليه بين العبد والسيد فى عقد الكتابة .
وانما سمى ذلك نجما ، لأن العرب لم تكن تعرف الحساب ، وانما يحفظون أوقات السنة بالانواء ، وكانوا يسمون به الوقت الذى يحل فيه الأداء تجوزا ، لأن الأداء لا يعرف عندهم الا بالنجم .

انظر المصباح جـ٢ ص٢٦٢ .

والاثر عن عثمان ، رواه البيهقى جـ١٠ ص٣٢٠ كتاب المكاتب ، باب =

الثانى (٦)، وكاتب عمر وابن عمر ولم يكاتبوا على أقل من نجمين (٧)، ولأن ما جعل رفقا فى الكتابة، كان مستحقا، كالكسب وخيار ...

= مكاتبة الرجل عبده أو أمته على نجمين فأكثر بمال صحيح . عن مسلم ابن أبى مريم عن رجل قال : كنت مملوكا لعثمان، الخ وفيه انه طلب من عثمان المكاتبة فغضب، وكاتبه على مائة الف يؤديها فى عدتين أى نجمين . ولم يتعقبه صاحب الجوهر النقى بشئ .
وأيضا فقد ذكره ابن حجر ولم يتعقبه بشئ . انظر التلخيص جـ٤ ص ٢١٦ تحت رقم/ ٢١٥٧ .
وجه الدلالة من قول عثمان : هو انه لو جاز الكتابة على أقل من نجمين أى حالة، لفعل، لانه قاله فى معرض الغضب والمعاقبة .

(٦) رواه ابن أبى شيبة من طريق عباد بن العوام عن حجاج عن حصين الحارثى عن على قال : اذا تتابع على المكاتب نجمان، فلم يؤد نجومه، رد الى الرق . أهـ جـ٦ ص ٣٩٠ كتاب البيوع والاقضية . تحت عنوان : من رد المكاتب اذا عجز . رقم/ ١٤٥٤ .
وذكره ابن حجر فى التلخيص ولم يتعقبه بشئ . انظر جـ٤ ص ٢١٧ تحت رقم/ ٢١٥٧ .
والايتاء المذكور هو ان يضع السيد عن المكاتب جزأ من المال أو يدفع اليه جزء منه، للآية : (وآتوهم من مال الله الذى أتاكم) سورة النور : آية/ ٣٣ والأولى الوضع . انظر المهذب جـ٢ ص ١٤ .

(٧) روى البيهقى عن أبى بكر ان رجلا كاتب غلاما له، فنجمها نجوما، فأتى بمكاتبته كلها فأبى أن يأخذها الا نجوما، فأتى المكاتب عمر رضى الله عنه، فأرسل عمر رضى الله عنه الى مولاه فجاء، فعرض عليه، فأبى أن يأخذها، فقال عمر رضى الله عنه : فانى اطرحها فى بيت المال، وقال للمولى : خذها نجوما، وقال للمكاتب : اذهب حيث شئت . أهـ جـ١٠ ص ٣٣٥ كتاب المكاتب، باب تعجيل الكتابة . =

الفسخ (٨) ، ولأنه (٩) عقد معاوضة على صفة (١٠) يتعذر معها المقصود به (١١) ، فلم يصح (١٢) ، كبيع الطير في الهواء والسمك في الماء (١٣) ، أو عقد يلحقه الفسخ (١٤) ،

= ومثل ذلك أيضا روى عن عثمان بن عفان رضى الله عنه . انظر نفس الصفحة ، ولم أقف على الرواية عن ابن عمر .

الا أن الاثر المذكور عن عمر يدل على انه لم يوجب على العبد تنجيم الكتابة ، وانما رضى بها بعد رفض السيد قبول مال المكاتبة دفعة واحدة .

(٨) حيث جعلا للعبد فى عقد الكتابة رفقا به ، فيكونان مستحقين له .
بجامع ان كلا جعل للعبد رفقا به فى عقد الكتابة ، اما الاصل فالكسب وخيار الفسخ ، واما الفرع فهو التنجيم فى الكتابة .
ولما كان حكم الاصل استحقاق العبد لهما بالكتابة ، كان حكم الفرع كذلك فيجب تأجيل البدل فى الكتابة أيضا لذلك .

(٩) أى عقد الكتابة على مال حال .

(١٠) وهى شرط حلول البدل .

(١١) أى بعقد الكتابة ، وهو اعانة العبد على تخليص نفسه من الرق بفدائها من السيد . واذ لا مال للعبد يدفعه للسيد ، كان لا بد من تأجيل مطالبته بالبدل ليتمكن من الكسب .

(١٢) أى التعجيل .

(١٣) فى نسخة ((ب)) : فى الهواء . / وهو خطأ .
أى حيث لا يصح به العقد .
بجامع المعاوضة على صفة يتعذر معها التسليم فى كل من الاصل وهو بيع الطير فى الهواء والسمك فى الماء ، والفرع وهو الحلول فى الكتابة .
ولما كان حكم الاصل عدم صحة العقد فيه ، كان حكم الفرع كذلك ، فلا تصح الكتابة الحالة أيضا لذلك .

(١٤) أى فيما اذا عجز العبد عن أداء النجوم لسيده .

من شرطه ذكر العوض ،فاذا عقد على ما يقتضى العجز عنه (١٥) لم يصح ، كما لو أسلم فى معدوم (١٦) ، ولا يلزم بيع العبد من نفسه (١٧) ، لانه لا يلحقه الفسخ (١٨) ،

---

(١٥) وهو الحلول فى بدل الكتابة. اذ لابد من زمن يعمل فيه العبد ، ليتمكن من الأداء .

(١٦) أى عند المحل ، حيث يبطل به السلم لعدم القدرة على التسليم فيه . بجامع ان كلا عقد يلحقه الفسخ من شرطه ذكر العوض ، اما الاصل فالسلم فى المعدوم واما الفرع فالكتابة الحالة .
ولما كان حكم الاصل بطلان العقد فيه ،كان حكم الفرع كذلك فتبطل الكتابة الحالة أيضا لذلك .

(١٧) أى حيث قلنا بجواز ذلك فى أحد القولين ، انظر شرح المحلى : جـ٤ ص ٣٥١ ، مع أنه عقد على ما يقتضى العجز عنه ، اذ ليس للعبد مال يدفعه فى مقابل شراء نفسه من سيده .

(١٨) اذ لا يدخله الخيار فى أحد الوجهين لا للسيد ولا للعبد وهو الذى رجحه النووى. انظر شرح المحلى جـ٢ ص ١٩٠ ،القليوبى نفس الصفحة
أى فلم تتوفر فيه علة المنع كاملة ،اذ علة المنع فى الكتابة الحالة مركبة من شيئين الأول :انه عقد يلحقه الفسخ ، الثانى : ان من شرطه ذكر العوض، ولئن وجد القسم الثانى من العلة فى بيع العبد من نفسه ، فان شطرها الآخر لم يوجد ،لعدم لحاق الفسخ به فى بيع العبد من نفسه .
ومن شرط العلة أن تكون مشتركة بين الاصل والفرع ، وهاهنا انما اشترك منها فيهما شطرها .

ولأن هذا العقد (١٩) اختص باسم (٢٠) ، فوجب ان يختص بحكم ، كسائر العقود (٢١) .

قالوا : عوض (٢٢) فى عقد يجوز (٢٣) التصرف فيه (٢٤) قبل القبض (٢٥) ، فجاز حالا ، كالثمن فى البيع والثمن فى بيع العبد من نفسه (٢٦) .

---

(١٩) أى عقد الكتابة .

(٢٠) أى ، فلا يصح بغير لفظ الكتابة ، كالنكاح والسلم . قال البلقينى : ليس لنا عقد يتوقف على لفظ بعينه الا ثلاثة : النكاح والسلم والكتابة . أهـ قليوبى جـ٣ ص ٢١٦ .

(٢١) حيث يختص كل منها بحكم .

بجامع الاختصاص باسم ، فى كل من الاصل وهو سائر العقود ، والفرع وهو عقد الكتابة .

ولما كان حكم الاصل اختصاص كل منها بحكم ، كان حكم الفرع كذلك فيختص بحكم وهو التأجيل بمنع الحلول ، أيضا لذلك .

(٢٢) أى بدل الكتابة ، ومثله غيره من الاثمان ، الا الثمن فى الصرف والسلم ، فلا يجوز التصرف فيه قبل قبضه لتقيده بجنسه . انظر الدر المنتقى جـ٢ ص ٨١ .

(٢٣) أى للعبد .

(٢٤) بأن يحيل المكاتب سيده بالنجوم فتصح الحوالة من المكاتب لا السيد .

(٢٥) بالبيع والهبة والاجارة والوصية وغير ذلك . انظر مجمع الأنهر : جـ٢ ص ٨٠ وكذا بالحوالة أيضا .

(٢٦) حيث يجوز أن يكونا حالين .

بجامع ان كلا عوض فى عقد يجوز التصرف فيه قبل القبض ، اما الاصل فالثمن فى البيع أو بيع العبد من نفسه ، واما الفرع فبدل الكتابة .

ولما كان حكم الاصل جواز كونه حالا ، كان حكم الفرع كذلك فيجوز ان تكون الكتابة حالة أيضا لذلك .

قلنا : فى سائر البيوع يقدر على المعقود عليه (٢٧) فى الظاهر ، وفى هذا (٢٨) لا يقدر عليه (٢٩) ، فهو كبيع الطير فى الهواء (٣٠) ، وبيع العبد من نفسه لا يجوز فى أحد القولين (٣١) . ثم هناك (٣٢) قد حصل المقصود وهو العتق (٣٣)

---

(٢٧) أى على تسليمه .

(٢٨) أى فى عقد الكتابة .

(٢٩) اذ لا مال للعبد عند عقد الكتابة . لأن العبد لا يملك .

(٣٠) حيث لا يصح العقد به لما فيه من الغرر .
بجامع عدم القدرة على تسليم المعقود عليه فى كل من الاصل وهو بيع الطير فى الهواء ، والفرع وهو عقد الكتابة الحالة .
ولما كان حكم الاصل البطلان ، كان حكم الفرع كذلك فلا تصح الكتابة الحالة أيضا لذلك .

(٣١) أى بثمن حال ، والمذهب: صحة البيع ويعتق فى الحال وعليه الثمن والولاء لسيده ، ونقل الربيع قولا اثبته بعضهم دون بعض انه لا يصح ففيه طريقان . ومحل صحته: هو اذا لم يعين الثمن ، بأن قال : بعتك نفسك بألف ، والا بان قال : بهذه الألف ، أى التى فى يد العبد المكتسب لها ، بطل البيع .
انظر: شرح المحلى جـ٤ ص ٣٥١ والتى تليها ، والقليوبى نفس الجزء ص ٣٥٢ .

(٣٢) أى فى بيع العبد من نفسه .

(٣٣) أى بنفس العقد ، حيث لا يدخله خيار المجلس وبالأولى خيار الشرط ، كالبيع الضمني وهو مالو قال : اعتق عبدك عنى بألف ، فكأنه قال : بعنيه بألف واعتقه عنى . فلا خيار للمشترى ولا للبائع أيضا لأن المقصود من هذا العقد العتاق . انظر قليوبى جـ٢ ص ١٩٠ .

وهاهنا[٣٤] المقصود موقوف على المال وذلك متعذر.[٣٥]

قالوا : ولأنه[٣٦] معاوضة ،فلا يشترط فيها[٣٧] التنجيم ،كسائر المعاوضات.[٣٨]

قلنا : تلك[٣٩] لم تبن على الرفق ،فهو[٤٠] كدية العمد ،[٤١] وهذا[٤٢] بنى على الرفق ، فهو كدية الخطأ ،[٤٣] ولأن الكتابة أجيز فيها التأجيل في

---

(٣٤) أى فى الكتابة.

(٣٥) لعدم وجود المال فى يد العبد حال الكتابة ، لانه لا يتملك قبلها ، وانما يحق له التملك بعد عقد الكتابة .

(٣٦) أى عقد الكتابة .

(٣٧) أى فى المعاوضة .

(٣٨) حيث لا يشترط فيها التنجيم .
بجامع المعاوضة فى كل من الاصل وهو سائر المعاوضات ، والفرع وهو الكتابة .
ولما كان حكم الاصل عدم اشتراط التنجيم فيها ، كان حكم الفرع كذلك فلا يشترط التنجيم فى الكتابة أيضا لذلك .

(٣٩) أى عقود المعاوضات .

(٤٠) أى العوض فى سائر المعاوضات .

(٤١) حيث تغلظ ،فتجب فى ماله حالة مثلثة أى ثلاثون حقه وثلاثون جذعة وأربعون خلفة أى حاملا . انظر المنهاج ص ١٢٦ .
بجامع عدم الابتناء على الرفق فى كل من الاصل وهو دية العمد والفرع وهو سائر المعاوضات .
ولما كان حكم الاصل وجوبها حالة ، كان حكم الفرع فيجب البدل فى سائر المعاوضات حالا أيضا لذلك .

(٤٢) أى عوض الكتابة .

(٤٣) حيث لا تجب حالة ، بجامع الابتناء على الرفق فى كل من الاصل وهو دية =

العوضين،(٤٤) ولا يجوز ذلك فى سائر المعاوضات،(٤٥)

قالوا : عتق على مال ،فأشبه اذا قال : انت حرّ على مال.(٤٦)

قلنا : ذاك(٤٧) ليس بمعاوضة وانما هو عتق على صفة(٤٨) ولهذا يبطل بموت السيد،(٤٩) فجاز مع الغرر(٥٠) وهذا(٥١) معاوضة ،فهو كالبيع.(٥٢)

= الخطأ والفرع وهو عقد الكتابة.

ولما كان حكم الاصل عدم وجوب الحلول فيها ، كان حكم الفرع كذلك فلا تصح الكتابة حالة أيضا لذلك.

(٤٤) وهما العوض وهو نجوم الكتابة ، والمعوض وهو الحرية.

(٤٥) أى تأخير العوض والمعوض عن التسليم.

أى فهذان فارقان بين الأصل والفرع ، يبطل بهما قياسهم المذكور.

(٤٦) حيث لا يشترط فيه الأجل.

بجامع العتق على مال ،فى كل من الاصل وهو مالو قال انت حر على مال ، والفرع وهو الكتابة.

ولما كان حكم الاصل عدم اشتراط الاجل فيه ، كان حكم الفرع كذلك فلا يشترط فيها التأجيل أيضا لذلك.

(٤٧) أى قوله : انت حر على مال.

(٤٨) أى على شرط ، وهو أداء المال.

(٤٩) أى فيما اذا لم يؤد العبد المال الذى شرطه السيد ،لفوات تلك الصفة بموت السيد ، لأنه هو الذى قال للعبد : ان اديت الى كذا فانت حر، وليس الوارث ،فتبطل لذلك.

(٥٠) لاغتفاره فى غير عقود المعاوضات المحضة.

(٥١) أى عقد الكتابة.

(٥٢) أى فى المعاوضة ،وان كانت الكتابة مخالفة للبيع فى انها لا تكون الا منجمة لكنهما يشتركان فى الحكم بعدم اغتفار الغرر فيهما. =

* مسألة (٣٧٤) : لا يجوز لولى الصغير (١) أن يكاتب عبده (٢) ٠٥ / ١٩٢ ى ٠
وقال أبو حنيفة : يجوز. (٣)

= بجامع المعاوضة فى كل من الاصل وهو البيع والفرع وهو الكتابة .
ولما كان حكم الاصل عدم جواز الغرر فيه ، كان حكم الفرع كذلك فلا يجوز الغرر فى الكتابة ، وهو احتمال عدم قدرة العبد على أداء ماكوتب عليه فى الحال ، أيضا لذلك .
والمراد: اثبات الفارق بين الاصل والفرع فى قياسهم لابطاله به .

(١) أى مطلقا سواء كان أبا أو غيره ، وسواء كان الصغير مميزا أم لا . انظر شرح المحلى جـ٤ ص ٣٦٣ . وانما لم يجز لما فى ذلك من التبرع .

(٢) المختصر ص ٣٢٤ والتى تليها ، الأم جـ٨ ص ٣٤ . الوجيز جـ٢ ص ٢٨ .
وهو قول الحنابلة أيضا : انظر المغنى جـ١٠ ص ٣٦٧ . وفى جواز كتابة الصغير باذن الولى روايتان . المعتمد صحتها باذنه .
انظر : شرح المنتهى جـ٢ ص ٦٦٧ . كشاف القناع جـ٤ ص ٦٠٠ . المغنى جـ١٠ ص ٣٦٧ .
وبالمنع منه يقول ابن حزم أيضا : انظر المحلى جـ١٠ ص ٢٦٦ .

(٣) الهداية جـ٨ ص ١١٣ . التبيين جـ٥ ص ١٥٨ . مجمع الأنهر : جـ٢ ص ٤١٠ .
وهو قول المالكية أيضا ، ومحله: اذا كان فى المكاتبة له مصلحة .
انظر : القوانين ص ٤١٢ . الشرح الكبير جـ٤ ص ٣٩٠ . شرح المنح جـ٤ ص ٦٠٤ .

لنا : هو أن من لا يملك عتق عبد غيره من غير اذن لم يملك كتابته من غير اذن ، كالأجنبي (٤) ولانه عتق على مال ، فأشبه اذا قال (٥) : انت حر على مال (٦) ، ولانه (٧) تصرف يعتبر من الثلث (٨) ، فأشبه الهبة (٩).

---

(٤) حيث لا يملك مكاتبة عبد غيره بلا اذن .
بجامع عدم ملكه عتق عبد الغير ، في كل من الاصل وهو الأجنبي والفرع وهو الولي .
ولما كان حكم الاصل عدم صحة عتقه عبد الغير ، كان حكم الفرع كذلك فلا يصح مكاتبة الولي عبد الصغير أيضا لذلك .

(٥) أي ولي الصغير لعبد الصغير .

(٦) حيث لا يصح ذلك منه ، لانه تبرع ، انظر شرح المحلي جـ٤ ص ٣٦٣ .
بجامع العتق على مال ، في كل من الاصل وهو مالو قال : أنت حر على مال ، والفرع وهو كتابة الولي عبد الصغير .
ولما كان حكم الاصل بطلان الكتابة فيه ، كان حكم الفرع كذلك فلا يصح كتابة الولي عبد الصغير أيضا لذلك .

(٧) - أي عقد الكتابة .

(٨) أي فيما اذا كان السيد مريضا مرض الموت . انظر المنهاج ص ١٦٠ .

(٩) حيث لا يجوز للولي هبة مال الصبي .
بجامع الاعتبار من الثلث ، في كل من الاصل وهو الهبة ، والفرع وهو الكتابة .
ولما كان حكم الاصل عدم جواز هبة الولي من مال الصبي ، كان حكم الفرع كذلك فلا يجوز للولي كتابة عبد الصغير أيضا لذلك .

قالوا : عقد معاوضة فأشبه البيع.(١٠)

قلنا : البيع لا ضرر فيه على اليتيم ، وفى هذا(١١) اضرار فهو كبيع المحاباة(١٢) ،

ولانه لو كان(١٣) كالبيع ، لما جاز فى المدبّر وأم الولد(١٤) ولا على عبد مطلق.(١٥)

---

(١٠) حيث يجوز للولى مباشرته عن الصبى .
بجامع المعاوضة فى كل من الاصل وهو عقد البيع ، والفرع وهو عقد الكتابة .
ولما كان حكم الاصل جواز مباشرة الولى البيع عن الصبى ، كان حكم الفرع كذلك فيجوز له الكتابة عنه أيضا لذلك .

(١١) أى عقد الكتابة .

(١٢) حيث لا يجوز للولى المحاباة فى بيع مال الصبى .
بجامع الاضرار به فى كل من الاصل وهو بيع المحاباة ، والفرع وهو مكاتبة عبد الصبى .
ولما كان حكم الاصل البطلان ، كان حكم الفرع كذلك فلا يصح للولى مكاتبة عبد الصبى أيضا لذلك .
أى وهذا فارق بين الاصل والفرع فى قياسهم المذكور فيبطل به .

(١٣) أى عقد الكتابة .

(١٤) حيث لا يجوز بيعه عندكم ، ويجوز كتابته ، وكذا أم الولد .
حيث لا يجوز بيعها عندكم ، ويجوز كتابتها ، انظر التبيين جـ٥ ص ١٦١ .

(١٥) حيث يجوز للسيد مكاتبة عبده عندكم على جارية أو عبد من غير أن يصفهما ويكون له الوسط من العبيد ، ويجبر السيد على قبول القيمة ، كما يجبر على قبول العين ، لأن كل واحد أصل ، فالعين أصل تسمية ، والقيمة أيضا أصل ، لأن الوسط لا يعلم الا بها فاستويا .
انظر التبيين جـ٥ ص ١٥٥ .

* مسألة (٣٧٥) : اذا قبل العبد الكتابة عن نفسه وعن غائب لم يصح عن الغائب ، وعن نفسه قولان (١) ٠/١٩٢ ى٠

وقال أبو حنيفة : يصح ويكون المال على الحاضر. (٢)

---

(١) هذه المسألة مبنية على قولى تفريق الصفقة ، اظهرهما: انه لا يجوز تفريقها ، كما لو اشترى عبدين بصفقة واحدة ووجد فى احدهما عيبا ردهما معا ، لا المعيب وحده فى الاظهر .

انظر المنهاج ص ٤٨ . الوجيز جـ١ ص ١٤٠ . وانظر المختصر ص ٨٥ . أيضا .

(٢) وهذا على جهة الاستحسان ، والقياس ان لا تصح الا عن نفسه .

واذا أدى احدهما عن الأخر فلا رجوع له عليه بما ادى . وسواء رضى الغائب أو لم يرض ، فان الكتابة لازمة للحاضر.

انظر: الهداية جـ٨ ص ١٢٩ والتى تليها . التبيين جـ٥ ص ١٦٤ . مجمع الأنهر جـ٢ ص ٤١٦ .

والى صحتها ذهب الحنابلة وتقسم النجوم عليهما ومحل قسمة النجوم : اذا أجازها الغائب ، والا بأن لم يجزها ، فيلزم الحاضر جميع المال . أى ويعتقان معا .

انظر: شرح المنتهى جـ٢ ص ٦٨٠ . كشاف القناع جـ٤ ص ٦٢٨ .

واجازها المالكية أيضا مع الكراهة ويلزم الغائب نصيبه .

انظر : حاشية الدسوقى جـ٤ ص ٣٨٩ . الجواهر جـ٢ ص ٣٠٧ . شرح المنح جـ٤ ص ٦٠٦ .

وذهب ابن حزم الى بطلانها عن الغائب وعن الحاضر معا .

انظر المحلى جـ١٠ ص ٢٨٩ رقم/ ١٦٩١ .

لنا : انه لا يجوز افراده [٣] بالكتابة [٤] ، فلا يجوز مع غيره كالحر، [٥] ولانه معاوضة فى حق الغير من غير ولاية ولا نيابة ، فأشبه بيع ماله ، [٦] ولانه لو صح للغائب للزمه المال ، ويصح ابراؤه . [٧]

---

(٣) أى الغائب .

(٤) لافتقارها الى القبول باللفظ ، اذ لا تصح المكاتبة بدونه . انظر مغنى المحتاج جـ٤ ص٥١٦ .

(٥) حيث لا يجوز له ان يعقد عن نفسه وعن الغائب من غير اذنه .
بجامع عدم جواز افراده بالعقد فى كل من الاصل وهو ما اذا عقد الحر عن نفسه وعن غائب ، والفرع وهو ما اذا كاتب العبد عن نفسه وعن آخر غائب .
ولما كان حكم الاصل بطلان العقد فيه عن الغائب ، كان حكم الفرع كذلك فلا يصح مكاتبة العبد عن نفسه وعن غائب أيضا لذلك .

(٦) أى بيع مال الغائب ، حيث لا يصح .
بجامع ان كلا عقد معاوضة فى حق الغير من غير ولاية ولا نيابة ، اما الأصل فبيع مال الغائب ، واما الفرع فمكاتبة العبد عن نفسه وعن غائب .
ولما كان حكم الاصل البطلان فيه ، كان حكم الفرع كذلك فلا يصح مكاتبة العبد عن نفسه وعن غائب أيضا لذلك .

(٧) أى والحال انكم لا تلزمونه بدل كتابته ، ولا تجيزون ابراءه من بدلها أيضا ، أى وذلك لعدم وجوب مال الكتابة عليه والابراء اسقاط ، والاسقاط فرع الوجوب . انظر مجمع الأنهر جـ٢ ص٤١٦ .
أى واذ لم يلزمه المال ولم يصح ابراؤه منها ، دل على انها لم تصح فى حقه اذ لو صحت للزمه البدل ولصح ابراء الولى اياه منها .

قالوا : ايجاب عتق لغائب ، فأشبه التدبير.(٨)

قلنا : يبطل به اذا افرده ،(٩) وبه يخالف التدبير ، فانه يجوز للغائب وحده ،(١٠) ولان ذاك(١١) عتق بغير عوض ،(١٢) فهو كالطلاق ،(١٣)

---

(٨) حيث يصح تدبير الغائب .
بجامع ايجاب العتق ، فى كل من الاصل وهو التدبير ، والفرع وهو الكتابة .
ولما كان حكم الاصل جوازه للغائب ، كان حكم الفرع كذلك فتصح كتابة العبد عن نفسه وعن غائب أيضا لذلك .

(٩) أى افرد الغائب منهما بالكتابة دون الحاضر، حيث لا تصح كتابته اذن .

(١٠) لانه لا يفتقر الى القبول من العبد .
أى وبهذا الفارق بين الاصل والفرع فى قياسهم يبطل به قياسهم المذكور .

(١١) فى نسخة ((ب)) : ذلك ./ أى التدبير.

(١٢) أى فجاز افراده بالعتق وايقاعه على العبد الغائب .

(١٣) حيث يجوز ايقاع الطلاق على المرأة الغائبة .
بجامع حل الملك بغير عوض فى كل من الاصل وهو الطلاق والفرع وهو التدبير.

ولما كان حكم الاصل جواز ايقاعه على المرأة الغائبة ، كان حكم الفرع كذلك فيجوز تدبير العبد الغائب أيضا لذلك .

وهـذا[١٤] بعوض، فهو كالخلع[١٥].

* مسألة (٣٧٦) : اذا كاتب عبدين بمال،[١] لم يصح فى أحد القولين[٢]. ٩٢/ ١ش

---

(١٤) أى عقد الكتابة .

(١٥) حيث لا يجوز الا برضا ملتزم العوض.
بجامع حل العقد بعوض ، فى كل من الاصل وهو الخلع والفرع وهـو المكاتبة .
ولما كان حكم الاصل عدم جوازه من غير ملتزم العوض فيه كان حكم الفرع كذلك فلا تصح مكاتبة الغائب أيضا لذلك .
أى وهذا فارق اخر بين الاصل والفرع ، يتأكد به بطلان قياسهم المذكور.

(١) أى بعقد واحد وعلى عوض واحد . كأن يقول : كاتبتكما على ألف درهم منجم على نجمين الى وقت كذا وكذا فاذا اديتماه فانتما حـران .
فان قلنا بصحتها قسم مال الكتابة عليهما بحسب القيمة لا بعدد الرؤوس.

(٢) ولكن المنصوص فى المذهب الصحة، انظر المختصر ص ٣٢٤. ويقابله قول بالبطلان مخرج من بطلان بيع عبيد جمع بثمن واحد ، كما نص عليه الجلال المحلي والخطيب الشربينى .
انظر: المنهاج ص ١٦٠ : لو كاتب عبيدا على عوض منجم وعلق عتقهم بادائه فالنص صحتها .أهـ.
وانظر شرح المحلي جـ٤ ص ٣٦٤. والتى تليها ، مغنى المحتاج : جـ٤ ص ٥٢٠.

وقال أبو حنيفة : يصح .(٣)

لنا : ان كل واحد من العاقد ين مجهول ،(٤) فأشبه اذا اشترى عبد يـــن من رجلين بثمن .(٥)

قالوا : العبيد كالسلع فى البيع.(٦)

---

(٣) مجمع الأنهر جـ٢ ص ٤١٦ . المبسوط جـ٨ ص ١٣ .

وهو قول الحنابلة أيضا :

انظر: شرح المنتهى جـ٢ ص ٦٧٨ . كشاف القناع جـ٤ ص ٦٢٤ . المغنى جـ١٠ ص ٤٥٤ .

واليه ذهب المالكية أيضا :

انظر: الشرح الكبير جـ٤ ص ٣٩٢ . الجواهر جـ٢ ص ٣٠٨ . شـــــرح المنح جـ٤ ص ٦١٠ .

(٤) أى ما يخص كلا منهما من النجوم مجهول .

(٥) أى واحد .

حيث لا يصح ذلك العقد للجهالة بثمن كل عبد منهما منفردا .

بجامع الجهالة فى العقد ، فى كل من الاصل وهو مالواشترى عبد يـــن من رجلين بثمن واحد .

والفرع وهو مالو كاتب عبد ين على مال واحد .

ولما كان حكم الاصل البطلان ، كان حكم الفرع كذلك فلا يصح مكاتبتهـــما بمال واحد أيضا لذلك .

(٦) أى فيما اذا كانت السلع متعددة حيث يجوز العقد على أكثر مــــن سلعة بثمن واحد .

بجامع الثمنية فى كل من الاصل وهو السلع والفرع وهو العبيد .

ولما كان حكم الاصل جواز بيع أكثرمن سلعة بعقد واحد ،كان حكم الفرع كذلك فيجوز مكاتبة عبدين بعقد واحد أيضا لذلك .

قلنا : بل هم[٧] كالباعة والمشترين.[٨]

* مسألة (٣٧٧) : اذا كاتب عبدين،[١] وقلنا انه يجوز[٢] فأدى احدهما[٣] مايخصه[٤] عتق ./ ١٩٢ ش.

وقال أبو حنيفة : لا يعتق حتى يؤدى جميع المال.[٥]

---

(٧) أى العبيد .

(٨) أى فيلزم معرفة مايخص كل بائع وكل مشتر.

(١) أى فى عقد واحد وعوض واحد .

(٢) أى فتوزع الكتابة عليهم بحسب قيمتهم لا بعدد رؤوسهم . وهو المنصوص كما فى المختصر ص ٣٢٤ .

(٣) فى نسخة ((ب)) : فاذا احدهما نجمه عتق ./ ومافى الاصل هو الأصح ، لأن مايخصه قد يكون أكثر من نجم . الا أن يحمل النجم على الجنس فيصح .

(٤) المختصر ص ٣٢٤ . الوجيز جـ٢ ص ٢٨٦ . المنهاج ص ١٦٠ .
وهو قول الحنابلة أيضا :
انظر: شرح المنتهى جـ٢ ص ٦٧٨ . كشاف القناع جـ٤ ص ٦٢٤ . وذكر فى المغنى جـ١٠ ص ٤٥٥ رواية أخرى فى المذهب: انه لا يعتق حتى يؤدى جميع المال .

(٥) المبسوط جـ٨ ص ١٣ . مجمع الأنهر جـ٢ ص ٤١٦ . والدر المنتقى أيضا فى نفس الصفحة .
وهو قول المالكية أيضا ، الا أن الكتابة عندهم توزع على العبدين هنا بقدر قوة كل منهما على الكسب وقت العقد ، لا بحسب القيمة ولا بعدد الرؤوس .

لنا : انه ادى ماعليه ، فأشبه اذا كان منفردا .(٦)

قالوا : عتق على صفة ،(٧) فلم يقع الا بها .(٨)

قلنا : لو كان كذلك(٩) لما احتاج الى القبول(١٠) ولصح مع الطفل ،(١١) ولوجب أن لا يقع(١٢) العتق فيه بالابراء واداء الغير.(١٣)

= انظر : الشرح الكبير جـ٤ ص ٣٩٣ . الجواهر جـ٢ ص ٣٠٨ . شرح المنح جـ٤ ص ٦١١ .
وذهب ابن حزم الى عدم جواز مكاتبة عبدين في عقد واحد وعوض واحد اصلا . انظر المحلى جـ١٠ ص ٢٧٥ .

(٦) حيث يعتق بأداء مايخصه من الكتابة. بجامع أداء ما عليه في كل من الأصل وهو ما لو كان منفردا والفرع وهو ما لو كان معه غيره في عقد الكتابة. ولما كان حكم الاصل وقوع العتق به ، كان حكم الفرع كذلك فيقع العتق في احدهما بأداء مايخصه أيضا لذلك .

(٧) أي على شرط . وهو أداء جميع المال ، ليستحقا به العتق .

(٨) أي كاملة .

(٩) أي عتقا على صفة .

(١٠) لأن العتق على الصفة يقع بفعل المشروط لا بالقبول .

(١١) أي والحال انه لا يصح مع الطفل لانه غير مكلف . انظر المنهاج ص ١٦٠ .

(١٢) في نسخة ((ب)) : لوجب الا . / بالادغام بين النون واللام .

(١٣) أي والحال انه اذا ابرأ السيد احدهما أو كلاهما من البدل وقع العتق .
وكذا لو ادى عن احدهما أو كلاهما دون ثالث جاز ووقع به العتق .
فدل على أن هذا العقد ليس عقدا على صفة ، اذ لو كان كذلك لوجب أن لا يقع العتق فيه بالابراء أو اداء الغير لعدم حصول الصفة به .
انظر شرح المحلى جـ٤ ص ٣٧١ . مغني المحتاج جـ٤ ص ٥٣٣ .

* مسألة (٣٧٨) : اذا كاتب عبدين على أن كل واحد منهما ضامن عن الآخر لم يصح الضمان[1] . / ١٩٢ ش .

وقال أبو حنيفة : يصح[2] .

---

(١) أى فيبطل به العقد .

انظر : المختصر ص ٣٢٤ . الوجيز جـ٢ ص ٢٩١ . الأم جـ٨ ص ٤٨ .

(٢) أى استحسانا ، أى ويرجع كل منهما على الآخر بنصف ما أدى .

والقياس أن لا يصح .

انظر : الهداية جـ٦ ص ٣٤٠ . كتاب الكفالة ، باب كفالة الرجلين .

التبيين جـ٤ ص ١٦٨ . مجمع الأنهر جـ٢ ص ١٤٤ .

وذهب الحنابلة الى صحة العقد وبطلان الشرط :

انظر : شرح المنتهى جـ٢ ص ٦٧٨ . كشاف القناع جـ٤ ص ٦٢٤ . وذكر في المغنى جـ١٠ ص ٤٥٥ رواية اخرى ان العقد والشرط صحيحان .

وذهب المالكية الى انه لا يجوز له شرط حمالة بعضهم عن بعض ، واذا وقع العقد به ، مضى عند سحنون ، وهو المعتمد وبطل الشرط ، الا أن حمالة بعضهم عن بعض تجب بمطلق عقد كتابتهما معا ، فيما اذا عجز احدهما أو عدم ، ثم يرجع به على المحمول عنه .

انظر : الشرح الكبير جـ٤ ص ٣٩٢ والتى تليها ، وحاشية الدسوقى عليه ص ٣٩٢ . شرح المنح جـ٤ ص ٦١١ . البلغة جـ٢ ص ٤٥٤ .

واما ابن حزم فلا يصح هذا العقد عنده أصلا ، انظر المحلى : جـ١٠ ص ٢٧٥ .

لنا : هو انه ضمان مال الكتابة ، فلم يصح كما لو ضمنه حرّ أو مكاتب لم يكن معه فى العقد.(٣)

قالوا : دين فصح(٤) ضمانه . كسائر الديون.(٥)

قلنا : سائر الديون يجوز لمن لم يدخل معه(٦) فى العقد أن يضمن ، وهذا(٧) لا يجوز.(٨)

---

(٣) حيث لا يصح الضمان المذكور منهما .
بجامع ضمان مال الكتابة فى كل ، أما الاصل فما لو ضمنه عنه حر، أومكاتب منفرد عن العقد ، واما الفرع فما لو ضمن المكاتب مكاتب آخر معه فى العقد .

ولما كان حكم الاصل بطلان الضمان فيه ، كان حكم الفرع كذلك فلا يصح ضمان المكاتب عن مكاتب آخر معه فى العقد أيضا لذلك .

(٤) فى الاصل : يصح ./ ومافى منسخة ((ب)) : أولى .

(٥) حيث يصح فيها الضمان .
بجامع ان كلا دين ، اما الاصل فسائر الديون ، واما الفرع فدين الكتابة.
ولما كان حكم الاصل جواز الحمالة فيها .كان حكم الفرع كذلك ، فيصح حمالة بعض المكاتبين عن بعض فى العقد الواحد أيضا لذلك.

(٦) أى مع المدين

(٧) أى دين الكتابة .

(٨) أى فهذا فارق بين الاصل والفرع يبطل به قياسهم المذكور.

* مسألة (٣٧٩) : لا تصح الكتابة حتى يقول : ان اديت اليّ كذا فأنت حر.(١) / ١٩٢ش.

وقال أبو حنيفة : اذا قال كاتبتك على كذا صح .(٢)

لنا : هو أن قوله :(٣) كاتبتك ، منزلة بين عقد الكتابة وبين مخارجة العبد(٤)

---

(١) المختصر ص ٣٢٤ . الوجيز جـ٢ ص ٢٨٤ . المنهاج ص ١٦٠
وهو قول ابن حزم أيضا . انظر المحلى جـ١٠ ص ٢٩٥ .

(٢) الهداية جـ٨ ص ٩٥ . التبيين جـ٥ ص ١٥١ . مجمع الأنهر جـ٢ ص ٤٠٦ .
وهو قول الحنابلة أيضا :

انظر : شرح المنتهى جـ٢ ص ٦٦٧ . كشاف القناع جـ٤ ص ٦٠٠ . وذكر في المغنى جـ١٠ ص ٣٧٣ ان القول باشتراط ذلك رواية اخرى يحتملها المذهب .
وكذا فى الانصاف جـ٧ ص ٤٤٨ .
واليه ذهب المالكية أيضا :
انظر : القوانين ص ٤١٣ . وانظر الشرح الكبير جـ٤ ص ٣٨٩ حيث لم يشترط هذا اللفظ عند الكلام على صيغة المكاتبة ، وانظر الجواهر : جـ٢ ص ٣٠٧ . شرح المنح جـ٤ ص ٦٠٦ .

(٣) أى السيد .

(٤) من الخراج ، وهو مايحصل من غلة الأرض ، ولذلك اطلق على الجزية .
والمراد هنا : مايكون بين العبد والسيد من الاتفاق على أن يستقل العبد بالتكسب ويشترط السيد عليه دفع قسط معين منه ويكون الباقى للعبد .
انظر المصباح جـ١ ص ١٧٨ . وتصحيح التنبيه ص ٩٨ .

وبين الكتابة بالقلم ، فلايحمل[٥] على احدها[٦] الا بقرينة ،كاللون[٧] والجـون[٨] والعـين[٩] .

---

(٥) فى نسخة ((ب)) : فلايجعل ./ والأولى مافى الاصل .

(٦) فى الاصل ونسخة ((ب)) : احدهما . ولعل الصواب ماأثبتناه لأن المذكور ثلاثة أشياء ،فلا تتأتى التثنية هنا .

(٧) لفظ مشترك يطلق على صفة الجسد من الحمرة والصفرة والبياض والسواد ، وعلى جنس من التمر . قيل : ان أهل المدينة يسمون النخل كله ألوان ، ماخلا البرنى والعجوة.
انظر المصباح جـ٢ ص ٢٢٤.

(٨) لفظ يطلق بالاشتراك : على الأبيض والأسود ، وقال بعض الفقهـاء : ويطلق أيضا على الضوء والظلمة بطريق الاستعارة .أهـ
المصباح جـ٢ ص ١٢٦.

(٩) لفظ مشترك أيضا يطلق على الباصرة والماء والنقد والذات . انظـر المصباح جـ٢ ص ٩٢.

أى فلايجوز حمل اللفظ على أحد معانيه فيها الا بقرينة.

بجامع الاشتراك فى كل من الاصل وهو لفظ اللون والجون والعـين ، والفرع وهو لفظ الكتابة .

ولما كان حكم الاصل عدم جواز حمل اللفظ فيه على أحد معانيه الا بقرينة، كان حكم الفرع كذلك فلايجوز حمل لفظ الكتابة على المعنى الشرعى الا بقرينة أيضا لذلك .

أى فوجب أن يقول فى الكتابة : ان اديت الى كذا فانت حر.

قالوا : اتى بصريح اللفظ ،فأشبه اذا قال : دبرتك.(١٠)

قلنا : لا نسلم الأصل(١١) فى أحد الوجهين،(١٢) ثم ذاك(١٣) متعارف فى العتق(١٤) وهذا(١٥) غير متعارف.(١٦)

---

(١٠) حيث لا يحتاج معه الى ذكر شئ آخر.
بجامع الاتيان بصريح اللفظ فيه ،فى كل من الأصل وهو مالوقال : دبرتك ، والفرع وهو مالو قال : كاتبتك .

ولما كان حكم الاصل عدم احتياجه الى ضم لفظ آخر اليه للعتق ، كان حكم الفرع كذلك فلا يحتاج الى ضم لفظ آخر فى الكتابة للعتق أيضا لذلك .

(١١) أى بأن قوله : دبرتك . لا يحتاج لصحة العتق الى زيادة عليه ، بل يحتاج الى زيادة عليه وهى نية العتق ، لانه ليس صريحا فى العتق بل هو كناية فيه .

(١٢) والمذهب انه لا يحتاج الى ضم النية الى لفظ التدبير ، لانه صريح فى العتق .
وفى طريق مخرّج من الكتابة هو كناية ،لأن لفظ التدبير خال عن لفظ العتق والحرية.
انظر شرح المحلى جـ٤ ص ٣٥٨ .

(١٣) أى لفظ التدبير.

(١٤) أى فلم يحتج الى النية فيه .

(١٥) أى لفظ الكتابة.

(١٦) أى فاحتاج الى لفظ آخر يبين المراد منه ، وهو : ان أديت الىّ كذا فانت حرّ.
والمراد اثبات ان بين الأصل والفرع فارقا ، فيبطل به قياسهم المذكور.

* مسألة (٣٨٠) : لا يجوز أن يكاتب بعض عبد الا أن يكون باقيه حرا (١) ١٩٢/٠ ش.

وقال أبو حنيفة : يجوز (٢)، وان كان في عبد مشترك ، كان للآخر فسخها (٣).

---

(١) أي فاذا كان باقيه رقيقا فسدت ان كان باقيه لغيره ولم يأذن في كتابته وكذا ان اذن فيها ، واما اذا كان باقيه له فسدت أيضا على المذهب وقيل : تصح . انظر شرح المحلى جـ٤ ص ٣٦٥.

وانظر المختصر ص ٣٢٥. الوجيز جـ٢ ص ٢٨٥. المنهاج ص ١٦٠.

وذكر في المهذب جـ٢ ص ١٠ عن بعض الأصحاب انه يجوز مكاتبة بعض العبد مطلقا ، تخريجا على مالو كان العبد مشتركا ، فكاتبه احدهما باذن شريكه حيث تصح في أحد القولين .

وبالمنع من كتابته الا أن يكون باقيه حرا يقول المالكية أيضا :

انظر: القوانين ص ٤١٢. المنتقى جـ٧ ص ١٠.

واليه ذهب ابن حزم أيضا ، انظر المحلى جـ١٠ ص ٢٩٨.

(٢) أي ان يكاتب السيد نصف عبده سواء كان باقيه حرا أو لم يكن .

(٣) أي اذا لم يأذن لصاحبه في مكاتبة العبد بنصيبه .

وذهب الصاحبان الى أنه اذا كاتبه احدهما باذن شريكه فليس له فسخها بعد ، ومبنى الخلاف بين الامام والصاحبين هو ان الكتابة تتجزأ عنده ، وعندهما لا تتجزأ .

انظر: الهداية جـ٨ ص ١٣٢. التبيين جـ٥ ص ١٦٥ والتي تليها .

مجمع الأنهر جـ٢ ص ٤١٧.

وبصحة كتابة بعض العبد مطلقا يقول الحنابلة أيضا أذن له شريكه أو لم يأذن .

انظر: شرح المنتهى جـ٢ ص ٦٧٨. كشاف القناع جـ٤ ص ٦٢٥. المغني : جـ١٠ ص ٤٠٩.

لنا : هو انه [٤] معنى يوجب اطلاق الاذن فى التصرف ، فلا يجوز فى البعض مع المنع فى الباقى ، كالاذن فى التجارة [٥] ، ولأن الكتابة فى البعض تقتضى التصرف ، وتركها فى الباقى يقتضى المنع من التصرف ، فصار كما لو قال : كاتبتك على ان لا تتصرف . [٦]

قالوا : معاوضة فجاز فى نصف عبد ، كالبيع . [٧]

---

(٤) أى عقد الكتابة .

(٥) حيث لا يصح الاذن بالتجارة لبعض عبد ، كأن يكون مشتركا الا باذن شريكه انظر قليوبى جـ٢ ص ٢٤٢ .
بجامع ان كلا معنى يوجب اطلاق الاذن بالتصرف ، فى كل من الاصل وهو الاذن فى التجارة ، والفرع وهو الكتابة .
ولما كان حكم الاصل عدم جوازه فى بعض عبد مالم يأذن له شريكه فيه ، كان حكم الفرع كذلك فلا تصح كتابة بعض العبد مالم يكن باقيه حرا ، أيضا لذلك .

(٦) حيث لا يصح العقد المذكور اذن .
بجامع اشتمال العقد على ما يبطله ، فى كل من الاصل وهو مالو قال : كاتبتك على أن لا تتصرف ، والفرع وهو مالو كاتب بعض العبد .
ولما كان حكم الاصل بطلان العقد فيه ، كان حكم الفرع كذلك فلا تصح مكاتبة بعض العبد مالم يكن باقيه حرا ، أيضا لذلك .

(٧) حيث يجوز للسيد بيع نصف عبده .
بجامع المعاوضة فى كل من الاصل وهو البيع والفرع وهو الكتابة .
ولما كان حكم الاصل جواز بيع نصف العبد ، كان حكم الفرع كذلك فيجوز مكاتبة نصفه أيضا لذلك .

قلنا : القصد من البيع (٨) التمليك ، والقصد هاهنا (٩) التصرف، (١٠) والتبعيض يمنع التصرف . (١١)

قالوا : الحق له وللشريك ، وقد رضيا .

قلنا : المنع ليس لحقهما (١٢) بل لتضاد الأحكام. (١٣)

قالوا : لو أوصى بكتابة عبد فلم يجز الورثة ، كوتب منه بقدر الثلث. (١٤)

قلنا : من أصحابنا من قال : لا يصح ، (١٥) والمنصوص انه يصح ، (١٦) لانه أوجب (١٧)

---

(٨) فى الأصل ونسخة ((ب)) : المبيع . / والصواب ما أثبتناه .

(٩) أى فى الكتابة .

(١٠) أى فيما اذن له فيه ، أى ويبقى ملك السيد قائما فى العبد مع الاذن له بالتجارة .

أى فكان قياسهم المذكور باطلا ، لوجود فارق فيه بين الاصل والفرع.

(١١) لما فيه من تضاد الأحكام ، فحكم بعضه المكاتب جواز التصرف ، وحكم بعضه غير المكاتب المنع منه ، فيتعذر بذلك التوصل الى مقصود عقد الكتابة . فيبطل .

(١٢) فى نسخة ((ب)) : بحقهما . / والأولى ما فى الأصل .

(١٣) انظر معناه فى الهامش الاسبق ، أى وتضارب الأحكام يتعذر معه العمل باحدهما دون الآخر ، فوجب المنع .

(١٤) لانه القدر الذى يستحقه المريض فى ماله .

أى فدل على جواز مكاتبة بعض العبد ابتداء .

(١٥) أى الوصية بكتابة العبد .

(١٦) انظر المختصر ص ٣٢١ .

(١٧) أى الوصية ، أى فيما اذا اوصى بمكاتبة عبده .

في عبد كامل ، وانما حصل التبعيض في حق الوارث،[١٨] فصار كما لو عجزه[١٩] أحد الوارثين ،[٢٠] وهاهنا[٢١] بدأ في بعض عبد فلم يجز.[٢٢]

* مسألة (٢٨١) : لا يجوز شرط الخيار في الكتابة.[١] / ١٩٢ ش.

---

(١٨) أي وهو معنى طارئ وليس من الموصى . فلم يمنع صحة الوصية به ونفوذها في ثلثه .

(١٩) بتشديد الجيم المعجمة ، أي حكم بعجزه ، وذلك فيما اذا لم يتمكن أو امتنع العبد من دفع ماعليه من نجوم الكتابة ، ولو في نجم واحد .

(٢٠) حيث يعتق منه نصيب الآخرين بالأداء ، دون نصيب من عجزه .
بجامع طرو التبعيض ، في كل من الاصل وهو مالو أوصى بكتابة عبد فعجزه بعض الورثة ، والفرع وهو مالو أوصى بكتابته فلم يجز الورثة .
ولما كان حكم الاصل صحة المكاتبة في حق من لم يعجزه ، كان حكم الفرع كذلك فتصح الوصية بالكتابة في ثلث العبد أيضا لذلك .

(٢١) أي في مكاتبة بعض العبد ابتداء .

(٢٢) لما انه يؤدي الى تضارب الأحكام .
أي وهذا فارق بين الاصل والفرع ، يبطل به قياسهم المذكور.

(١) مغني المحتاج جـ٢ ص ٤٤ : وكذا العقود الجائزة من الطرفين - أي لا يثبت فيها الخيار - كالقراض والشركة والوكالة ، أو من احدهما كالكتابة والرهن . أهـ
وانظر المجموع جـ٩ ص ١٦٣ . عميرة جـ٢ ص ١٩١ .
وهو قول الحنابلة أيضا :
انظر: شرح المنتهى جـ٢ ص ٦٧٥ . كشاف القناع جـ٤ ص ٦١٩ . المقنع: ص ٢٠٣ .
وذكر في الانصاف جـ٧ ص ٤٧٥ رواية اخرى ان للعبد شرط الخيار. =

وقال أبو حنيفة : يجوز.[٢]

لنا : هو انه عقد لا يقصد به المغابنة[٣] ، فأشبه النكاح[٤] ، وعكسه البيع.[٥]

قالوا : خيار يثبت[٦] في البيع ، فثبت في الكتابة ، كخيار العيب.[٧]

= وبعدم جواز الرجوع في الكتابة يقول ابن حزم أيضا .
انظر المحلى جـ١٠ ص ٢٧٦ رقم/ ١٦٩١.

(٢) المبسوط جـ٨ ص ٧٢ . الدر المنتقى جـ٢ ص ٢٣ . التبيين جـ٥ ص ١٧٠.
البدائع جـ٤ ص ١٤٣ ، وانظر الهداية جـ٨ ص ١٢٦.
وهو قول المالكية أيضا :
انظر : الشرح الكبير جـ٤ ص ٣٩٣ . الجواهر جـ٢ ص ٣٠٨ . شرح المنح جـ٤ ص ٦١١.

(٣) لأن المراد به اعانة العبد على التخلص من الرق ، ولكن في مقابل شئ من المال يدفعه للسيد .

(٤) حيث لا يجوز فيه شرط الخيار.
بجامع بناء العقد على المكارمة في كل من الاصل وهو عقد النكاح ، والفرع وهو الكتابة .
ولما كان حكم الاصل عدم جواز شرط الخيار فيه ، كان حكم الفرع كذلك فلا يجوز شرط الخيار في الكتابة أيضا لذلك .

(٥) أي فان مبناه على المعاوضة والتشاح ، فجاز فيه شرط الخيار.

(٦) في نسخة ((ب)) : ثبت في البيع فثبت به في الكتابة .

(٧) حيث يثبت في الكتابة ، كما لو كاتبه على عبد ، فظهر فيه على عيب سابق على القبض .
بجامع ثبوته في البيع في كل من الأصل وهو خيار العيب ، والفرع وهو خيار الشرط. =

قلنا : ذاك[٨] يثبت فى الصرف والسلم والنكاح ، ولا يثبت خيار الشرط.[٩]

* مسألة (٣٨٢) : يجوز للمكاتب فسخ الكتابة متى شاء.[١] /١٩٣.

وقال أبو حنيفة : ليس له ذلك اذا كان معه وفاء.[٢]

= ولما كان حكم الاصل ثبوته فى الكتابة ، كان حكم الفرع كذلك ، فيجوز ثبوت خيار الشرط فى الكتابة أيضا لذلك .

(٨) أى خيار العيب .

(٩) أى فى هذه العقود ،
والمراد نفى ماذكروه من الارتباط بين خيار العيب وخيار الشرط ، فان خيار العيب يثبت فى الصرف والسلم والنكاح ثم لم يثبت فيها خيار الشرط .

(١) أى سواء كان قادرا على دفع ماعليه من النجوم ، أو غير قادر.
وهذا أصح القولين ، والثانى: ليس له الفسخ لانه لاضرر عليه فى بقائها .
انظر : المختصر ص ٣٢٤ . الوجيز جـ٢ ص ٢٨٩ . المنهاج ص ١٦١ .
وقد جعلهما المؤلف فى المهذب جـ٢ ص ١١ وجهين ، بينما جعلهما فى المنهاج قولين .

(٢) الذى رأيته منصوصا عليه عندهم هو ما اذا مات وعنده وفاء فلا تفسخ ، وتؤدى كتابته من ماله ، ويحكم بحريته فى آخر جزء من حياته . ثم يورث مابقى من ماله .
انظر : الهداية جـ٨ ص ١٤٣ . التبيين جـ٥ ص ١٧٠ . مجمع الأنهر : جـ٢ ص ٤٢٠ .
واما فى حال حياته ، فالذى يبدو أن له حق الفسخ مطلقا اذا رضى السيد ، سواء كان عنده وفاء أو لم يكن . =

لنا : ان مالا يجبر العبد عليه ، اذا لم يجعل شرطا لعتقه ، لم يجبر عليه ، وان جعل(٣) شرطا لعتقه ، ككلام زيد(٤) وصلاة النفل(٥)، ولانه

= قال في الهداية جـ ٨ ص ١٤٢ : الكتابة تفسخ بالتراضي - أي بين السيد ومكاتبه - من غير عذر .أهـ أي وان ملك المكاتب وفاء ، والله أعلم .
وعلى فسخها بالتراضي من غير عذر نص في التبيين جـ٥ ص ١٧٠ والمجمع: جـ٢ ص ٤٢٠ الا أن يقال ان قوله في الهداية جـ٨ ص ١٤١ : واذا عجز المكاتب عن نجم ، نظر الحاكم في حاله فان كان له دين يقبضه أو مال يقدم عليه لم يعجل بتعجيزه ، وانتظر عليه اليومين أوالثلاثة .أهـ
يفيد المطلوب فيكون ماذكره المصنف صحيحا ، وانظر التبيين جـ٥ ص ١٦٩ .
المجمع جـ٢ ص ٤١٩ .
وهو قول الحنابلة أيضا :
انظر: شرح المنتهى جـ٢ ص ٦٧٦ . كشاف القناع جـ٤ ص ٦٢٢ . وذكر في الانصاف جـ٧ ص ٤٧٧ رواية اخرى ان له فسخها .
واليه ذهب المالكية أيضا :
انظر: الشرح الكبير جـ٤ ص ٣٩٧ . الجواهر جـ٢ ص ٣٠٩ . شرح المنح : جـ٤ ص ٦١٥ .
وبه يقول ابن حزم . انظر المحلى جـ١ ص ٢٩١ ، رقم/١٦٩٣ .

(٣) في نسخة ((ب)) : وان كان .

(٤) أي مكالمته .

(٥) حيث لا يجبر العبد على مكالمة زيدا وصلاة النفل اذا علق السيد عتقه عليها . بجامع عدم الجبر عليه اذا لم يجعل شرطا في عتقه ، في كل من الأصل وهو مالو قال لعبده : ان كلمت زيدا أو صليت النفل فانت حر ، والفرع وهو الكتابة بأن قال ان اديت الى كذا في مدة كذا وكذا فانت حر . =

مال لا يجوز للحرّ ضمانه،(٦) فلم يلزم كمال الجعالة،(٧) ولانه مكاتب فجاز له فسخ الكتابة ، كما لو لم يكن معه وفاء ،(٨) أو عتق على مال ، فأشبه اذا قال : اذا اديت الفا فانك حرّ.(٩)

وانه جعل شرطا في عتقه

= ولما كان حكم الاصل عدم الجبر عليه/ ،كان حكم الفرع كذلك فلا يجبر العبد على البقاء على عقد الكتابة أيضا لذلك .

(٦) لأن مال الكتابة دين لم يثبت بعد لاحتمال أن يعجز العبد عن الأداء . والشرط في المضمون أن يكون ثابتا .
انظر المنهاج ص ٦٢ .

(٧) حيث لا يلزم الجاعل شيئا قبل تمام العمل . انظر المنهاج ص ٨٥ .
بجامع عدم جواز ضمانه في كل من الاصل وهو مال الجعالة والفرع وهو مال الكتابة .
ولما كان حكم الاصل عدم لزوم العقد فيه ، كان حكم الفرع كذلك فلا تلزم الكتابة العبد أيضا لذلك .

(٨) حيث له فسخ الكتابة قطعا للعجز عن الأداء الذى هو مقتضى عقد الكتابة.
بجامع ان كلا مكاتب . اما الاصل فما لو لم يكن معه وفاء ، واما الفرع فما لو كان معه وفاء .
ولما كان حكم الاصل جواز فسخ الكتابة فيه ، كان حكم الفرع كذلك فيجوز فسخ الكتابة وان وجد وفاء أيضا لذلك .

(٩) حيث لا يلزم المكاتب أداء المال فيه ليعتق قطعا .
بجامع العتق على مال ، في كل من الاصل وهو مالو قال : اذا اديت اليّ ألفا فانت حر ، والفرع وهو مالو كاتبه .
ولما كان حكم الاصل عدم وجوب العقد به ، كان حكم الفرع كذلك فيجوز للمكاتب فسخ الكتابة أيضا لذلك .

قالوا : معاوضة تلزم من أحد الجانبين ، فلزمت من الجانب الآخر، كالبيع (١٠) .

قلنا : ينكسر بالرهن، (١١) ويخالف (١٢) ما قاسوا عليه ، (١٣) فان هنـــاك (١٤)

لو لم يكن معه (١٥) مال لم يملك الفسخ (١٦) وهاهنا (١٧) يملك. (١٨) ولأن ذاك (١٩) لـم

---

(١٠) حيث يلزم البائع والمشترى .

بجامع لزوم المعاوضة لأحد طرفى العقد فى كل من الأصل وهو البيـــع

والفرع وهو الكتابة .

ولما كان حكم الاصل لزومه للطرفين ، كان حكم الفرع كذلك فتلزم الكتابـــة

الطرفين أيضا لذلك .

(١١) أى فانه عقد معاوضة يلزم من أحد الجانبين وهو الراهن ، ثـــم

لا يلزم الجانب الآخر ، فبطل أن تكون المعاوضة فيه علة فى المنعـــن

فسخ الكتابة اذا وجد المكاتب وفاء .

(١٢) أى عقد الكتابة .

(١٣) وهو البيـــع.

(١٤) أى فى عقد البيع .

(١٥) أى المشترى .

(١٦) أى لم يملك البائع الفسخ ، لامكان بقاء الثمن فى ذمته ، يطلب به ، لأن

ذمته قابلة للتحمل ، بخلاف ذمة العبد .

(١٧) أى فى الكتابة .

(١٨) أى يملك السيد فسخ الكتابة بعجز المكاتب عن الأداء .

أى وبهذا الفارق بين الاصل والفرع يبطل قياسهم المذكور.

(١٩) أى البيع .

يبن على الرفق ،[٢٠] وهاهنا[٢١] بنى على الرفق بالمكاتب[٢٢] والحط له[٢٣] فثبت له الخيار.[٢٤]

قالوا : الكتابة تعلق بها[٢٥] حق الله تبارك وتعالى[٢٦] فلا يملك اسقاطها .

قلنا : لو صح هذا لوجب أن لا[٢٧] يجوز أيضا بالتراضى.[٢٨]

---

(٢٠) لان المقصود منه المعاوضة والمغابنة .

(٢١) أى فى كتابة العبد .

(٢٢) سقط لفظ (المكاتب) من الأصل .

(٢٣) أى من نجوم كتابته ، ويسمى الايتاء . وسيأتى بيانه فى المسألة رقم (٣٩٠) . والرفق المقصود هو اعانته على التخلص من الرق الى الحرية.

(٢٤) أى للعبد ، لأن الكتابة حق له على السيد ، فان شاء استمر عليه وان شاء تركه .

أى وهذا فارق آخر بين الاصل والفرع يتأكد به بطلان قياسهم المذكور .

(٢٥) فى نسخة ((ب)) : يتعلق بها حق الله .

(٢٦) وهو العتق .

(٢٧) فى نسخة ((ب)) الّا ./ بالادغام .

(٢٨) أى والحال انكم قلتم بجواز فسخها بتراضيهما ، وقد كان يجب بناء على تعليلكم أن لا يجوز ، لأن حقوق الله تعالى لا تسقط بتراضى الطرفين ، فحد الزنى مثلا حق لله ، ثم لا يسقط وان تراضيا عليه . فبطل التعليل به لذلك .

* مسألة (٣٨٣) : اذا مات المكاتب انفسخت الكتابة.(١) ١٩٣/ى.

وقال أبو حنيفة : ان خلف وفاء لم ينفسخ بل يؤدى عنه ويعتق فى آخر جزء من أجزاء حياته.(٢)

---

(١) أى سواء خلف وفاء أو لم يخلف ، أى فيموت رقيقا يرث سيده ما معه من المال .

انظر: المختصر ص ٣٢٤. الوجيز جـ٢ ص ٢٩٠ . المنهاج ص ١٦١.

وهو قول الحنابلة أيضا :

انظر: شرح المنتهى جـ٢ ص ٦٦٨. كشاف القناع جـ٤ ص ٦٠٣. وذكر فى المحرر جـ٢ ص ٨ رواية اخرى انها لا تنفسخ ان خلف وفاء .

ومبنى هذه المسألة كما فى المغنى جـ١٠ ص ٣٨٢ على مسألة : هل يعتق بمجرد حصوله على مال الكتابة ، أم بادائه للسيد ؟ الصحيح انه لا يعتق حتى يؤدى المال الى السيد .

واليه ذهب المالكية أيضا ، سواء كان عنده مال كثير أم لا ، مالم يؤده الى السيد .

انظر : الشرح الكبير جـ٤ ص ٣٩٩. الجواهر جـ٢ ص ٣١٠. شرح المنح : جـ٤ ص ٦١٦.

وبانفساخها يقول ابن حزم أيضا ، ومحله: مالم يؤد المكاتب شيئا للسيد ، والا بان ادى بعض مال الكتابة ، فانه يعتق منه بقدر ما ادى .

انظر المحلى جـ١٠ ص ٢٧٦.

(٢) الهداية جـ٨ ص ١٤٣. التبيين جـ٥ ص ١٧٠. مجمع الأنهر : جـ٢ ص ٤٢٠.

لنا : هو أنه مكاتب مات قبل البراءة من مال الكتابة ، فانفسخت كتابته ، كما لو لم يخلف شيئا،(٣) ولأن الأداء معنى يعتق به فلا يعتق به(٤) بعد موته ، كالابراء والاعتاق مع عدم الوفاء ،(٥) ولانه حق عتاق فاذا مات قبل تنجزه بطل ، كالتدبير والاستيلاد ،(٦) ولانه عقد معاوضة ، تلف المعقود عليه

---

(٣) حيث تنفسخ الكتابة بموته قطعا .

بجامع الموت قبل البراءة من مال الكتابة ، في كل من الأصل وهو مالو مات ولم يخلف شيئا ، والفرع وهو مالو خلف .

ولما كان حكم الأصل انفساخ الكتابة فيه ، كان حكم الفرع كذلك فتنفسخ الكتابة وان خلف وفاء أيضا لذلك .

(٤) أي فيما اذا أداه عنه غيره بعد موته .

(٥) حيث لا يعتق بهما بعد الموت .

بجامع العتق به حال الحياة ، في كل من الأصل وهو الابراء والاعتاق مع عدم الوفاء ، والفرع وهو موت المكاتب قبل الأداء .

ولما كان حكم الاصل عدم العتق به بعد الموت ، كان حكم الفرع كذلك فلا يعتق المكاتب بالأداء عنه بعد الموت أيضا لذلك .

(٦) حيث اذا مات العبد المدبر والأمة المستولدة قبل موت السيد فانهما لا يعتقان به .

بجامع ان كلا حق عتاق ، اما الأصل فالتدبير والاستيلاد ، واما الفرع فهو الكتابة .

ولما كان حكم الأصل بطلان العتق بموتهما كان حكم الفرع كذلك فتنفسخ الكتابة بموت المكاتب أيضا لذلك .

فيه قبل التسليم ، فبطل كالبيع والاجارة.[٧] والدليل على أن المعقود عليه هو الرقبة انه يرجع عند الفساد[٨] الى قيمتها ، ولانه يتبعها[٩] الولد والدليل على انه قبل القبض[١٠] انه لو حصل القبض لعتق ، ولما جاز للمولى أن يفسخ بالافلاس بالافلاس عندهم[١١] ، كالبيع بعد التسليم ،[١٢] ولانه لا يجوز أن يعتق بعد الموت،

---

(٧) حيث يبطل العقد بتلف العين فيهما قبل التسليم في البيع . واستيفاء المنفعة في الاجارة .

بجامع تلف المعقود عليه قبل التسليم في عقد معاوضة ، في كل من الاصل وهو البيع والاجارة . والفرع وهو الكتابة.

ولما كان حكم الاصل بطلان العقد فيهما بتلف المعقود عليه قبل التسليم ، كان حكم الفرع كذلك فتبطل الكتابة بموت المكاتب قبل الأداء أيضا لذلك .

(٨) أى فساد عقد الكتابة ، كما لو كان بدل الكتابة فيه خمرا أو خنزيرا ونحو ذلك .

(٩) أى في العتق بكتابتها لو كانت أمة ، وكذا يتبعها في الرق لو عجزت عن الأداء ، سواء كان ولدها من نكاح أو زنا ، هذا على أظهر القولين والثاني : لا يتبعها بل هو رقيق ،

انظر شرح المحلي جـ٤ ص ٣٦٦.

(١٠) أى وقوع الموت به.

(١١) انظر الهداية جـ٨ ص ١٤٣.

(١٢) أى فيما لو باع سلعة بثمن في الذمة وقبضها المشترى ، ثم باعها من رجل وافلس ، فليس للبائع فسخ البيع الثاني بسبب الافلاس لأن البيع قد لزم .

لأنه[١٣] ليس بمحل للعتق ، ولا قبله لأن العتق الواقع[١٤] بالأداء لا يتقدم عليه[١٥] كالعتق في حال الحياة.[١٦]

قالوا : أحد المكاتبين فلا تبطل الكتابة بموته ،كالسيد.[١٧]

قلنا :لأن هناك[١٨] محل العتق باق[١٩] ،ولهذا يصح الاعتاق والابراء[٢٠] ،وها هنا[٢١] لا يصح[٢٢] ، ولأن هناك[٢٣] هلك العاقد ، فهو

---

(١٣) أي العبد الميت .

(١٤) سقط لفظ (الواقع) من نسخة ((ب)) ./ ومراده بالواقع المستحق .

(١٥) أي الأداء .

(١٦) أي كعتق المكاتب اذا لم يمت ، حيث لا يعتق الا بعد أداء النجوم .
بجامع استحقاق العتق بالأداء ،في كل من الأصل وهو مالو بقى المكاتب حيا ، والفرع وهو مالو مات .
ولما كان حكم الاصل عدم عتقه الا بالأداء ، كان حكم الفرع كذلك فلا يعتق الا به أيضا لذلك .

(١٧) حيث لا تبطل الكتابة بموته .
بجامع ان كلا أحد المكاتبين ، اما الاصل فالسيد واما الفرع فالعبد .
ولما كان حكم الاصل عدم انفساخ الكتابة بموته ، كان حكم الفرع كذلك فلا تنفسخ بموت المكاتب أيضا لذلك .

(١٨) أي في حال موت السيد .

(١٩) وهو العبد .

(٢٠) أي من الورثة .

(٢١) أي في حال موت المكاتب .

(٢٢) أي الاعتاق والابراء ،لفوات محلهما بالموت.

(٢٣) أي فيما لو مات السيد .

كموت البائع (٢٤) وها هنا (٢٥) هلك المعقود عليه ، فهو كهلاك المبيع (٢٦) ، ولأن موت السيد يخالف موت العبد ، (٢٧) كما نقول في المدبر وأم الولد . (٢٨)

---

(٢٤) أي قبل تسليم المبيع ، حيث لا يبطل به العقد ، بل يقوم الورثة بتسليمه .

بجامع هلاك العاقد في كل من الأصل وهو ما لو مات البائع ، والفرع وهو ما لو مات السيد .

ولما كان حكم الأصل عدم بطلان العقد به ، كان حكم الفرع كذلك فلا تبطل الكتابة بموت السيد أيضا لذلك .

(٢٥) أي في حال موت المكاتب .

(٢٦) أي قبل التسليم حيث يبطل به البيع .

بجامع هلاك المعقود عليه في كل من الأصل وهو ما لو هلك المبيع ، والفرع وهو ما لو هلك المكاتب .

ولما كان حكم الأصل بطلان البيع به ، كان حكم الفرع كذلك فتنفسخ الكتابة بموت العبد أيضا لذلك .

والمراد : ان قياسهم المذكور باطل ، لثبوت هذا الفارق المذكور بينهما .

(٢٧) أي في الأحكام .

(٢٨) حيث اذا مات السيد حصل لهما العتق به ، واذا لم يمت بل ماتا هما ، فانهما لا يعتقان .

* مسألة(٣٨٤) : اذا زوج ابنته[١] من مكاتبه ثم مات[٢] انتقل المكاتب الى الورثة فيبطل[٣] النكاح[٤] ٠/١٩٣ى٠

---

(١) فى نسخة ((ب)) : ابنه٠/ وهو تحريف ٠

(٢) أى السيد ، أى قبل تمام أداء المكاتب ماعليه من مال الكتابة ،فان الكتابة لا تبطل به ، بل ينتقل المكاتب الى ملك الورثة ويؤدى اليهم نجومه ،بخلاف الكتابة الفاسدة والمعلقة على شرط ، ومحله مالم يقل : ان اديت الى أو الى وارثي ، والا بان قال ذلك لم تبطل بموته أيضا .

انظر مغنى المحتاج جـ٤ ص٥٣٣٠

(٣) فى نسخة ((ب)) : وبطل النكاح ٠/ لانها ملكت من زوجها بعضه .

(٤) ومحله:اذا كانت البنت وارثة ، والا بان لم تكن وارثة كما لو اختلف دينها مع دين الأب ،أو كانت قاتلة فان النكاح يبقى ثابتا .

وانما يبطل النكاح اذا كانت وارثة ،لانها تكون قد ملكت قدر ميراثها من المكاتب .

انظر: المختصر ص٣٣١٠ الأم جـ٨ ص ٧٤ و ص ٨٢٠

وهو قول الحنابلة أيضا :

انظر: شرح المنتهى جـ٢ ص٦٧٦ . الكشاف جـ٤ ص٦١٨٠ وأشار فى المقنع ص ٢٠٤ الى أن المذهب يحتمل رواية أخرى :أن العقد لا ينفسخ حتى يعجز العبد .

وكذا فى الانصاف جـ٧ ص٤٧٧٠

واليه ذهب المالكية أيضا : انظر بداية المجتهد جـ٢ ص٤١٨٠

وقال أبو حنيفة : لا ينتقل ولا يبطل النكاح (٥) .

والدليل (٦) على أنه ينتقل : هو انه لم يمنع الوارث من ابتداء نكاحه ، فدل على (٧) انه ملكه ، واذا (٨) ثبت انه انتقل اليه وجب أن ينفسخ (٩) النكاح .

قالوا : الموت سبب لا نتقال الملك ، فلا ينتقل به المكاتب ، كالبيع والهبة والوصية (١٠) .

---

(٥) أى ويقال للمكاتب : ادّ ماعليك من مال الكتابة الى ورثة السيد على نجومه .
انظر: الهداية جـ٨ ص ١٥١ . التبيين جـ٥ ص ١٧٤ . مجمع الأنهر: جـ٢ ص ٤٢٢ .
وذهب ابن حزم الى أن الكتابة تنفسخ بموت السيد كما تنفسخ أيضا بموت العبد ،
انظر المحلى جـ١٠ ص ٢٩٤ .

(٦) فى نسخة ((ب)) : فالدليل .

(٧) فى نسخة ((ب)) : فدل عليه ملكه .

(٨) فى نسخة ((ب)) : فاذا .

(٩) فى الأصل (ان ينقسم) ./ وهو تحريف . وماأثبتناه من نسخة ((ب)) .

(١٠) سقط لفظ (والوصية) من نسخة ((ب)) .
حيث لا ينتقل المكاتب بواحدة من هذه عن ملك السيد .
انظر الهداية جـ٨ ص ١٥١ .
والجامع فى القياس المذكور ان كلا سبب لا نتقال الملك ، اما الأصل فهو البيع والهبة والوصية ، واما الفرع فهو الموت .
ولما كان حكم الأصل عدم انتقال الملك به عن السيد ، كان حكم الفرع كذلك فلا ينتقل ملك المكاتب عنه بالموت أيضا لذلك .

قلنا : يجوز أن لا يملك[١١] بهذه[١٢] المعانى[١٣] ويملك بالموت ، كالصيد في حال الاحرام ،[١٤] والمرهون وحبس الرهن وحبس المبيع ،[١٥] ولأن في هذه المواضع لو نقلنا الملك بطلت الكتابة[١٦] وها هنا[١٧] لا تبطل ، لأن الوارث قائم مقام الموروث ، وملكه كملكه ،[١٨] ولهذا يرد[١٩] على من يرد[٢٠] عليه الموروث بالعيب[٢١] .

---

(١١) فى نسخة ((ب)) : ألا . / بالادغام .

(١٢) بالبناء للمفعول ، و نائب الفاعل فيه هو المكاتب .

(١٣) أى البيع والهبة والوصية .

(١٤) حيث لا يجوز امتلاكه حيا لا بهبة ولا بيع ولا وصية فى حال الاحرام ، ويجوز اذا كان ميتا .

(١٥) حيث لا يجوز للراهن تملك المرهون والمبيع ، لكن اذا مات المرتهن أو المشترى كان لهما امتلاكهما ، ومحله فى الرهن مالم يؤد ماعليه من الحقوق ، ومحله فى البيع مالم يؤد الثمن .

(١٦) أى فيفوت المقصود منها ، وهو حصول العتق للمكاتب .

(١٧) أى فى حال انتقال المكاتب الى الورثة بموت السيد .

(١٨) فما كان من حق المورث كان من حق الوارث فتجب الديون له ، كما تجب عليه .

أى وبهذا الفارق بين الأصل والفرع يبطل قياسهم المذكور .

(١٩) أى الوارث .

(٢٠) فى نسخة ((ب)) : من رد .

(٢١) أى الكائن فى المبيع . بمعنى أن المورث اذا اشترى سلعة ثم مات ثم اطلع الوارث على عيب فيها ، فله أن يردها .

فدل على أنه قائم مقام المورث .

قالوا : لو ملكه (٢٢) الوارث لثبت له الولاء. (٢٣)

قلنا : ينتقل اليه مسلوب الولاء ، كالامة المزوجة ، تنتقل اليه (٢٤) مسلوبة الاستمتاع. (٢٥)

* مسألة (٣٨٥) : اذا اشترى المكاتب زوجته ، انفسخ النكاح. (١) /١٩٣ش

---

(٢٢) أى لو ملك الوارث العبد المكاتب الذى تزوج ابنة السيد .

(٢٣) فى نسخة ((ب)) : للولاء. / وهو تحريف .
أى والحال انه لا يثبت له الولاء ، فدل على انه لا يملكه الوارث .

(٢٤) أى الى الوارث .

(٢٥) أى فلا يحل له وطؤها لمكان زوجها مع أنها انتقلت الى ملكه بالأرث .
أى فكذلك لا يمنع عدم استحقاق الوارث الولاء ، انتقال الملك اليه .

(١) المنهاج ص٩٨ . كتاب النكاح . الوجيز جـ٢ ص٢٢ . الأم جـ٥ ص٤٣ .
وهو قول الحنابلة أيضا :
انظر : شرح المنتهى جـ٣ ص٦٧٢ . كشاف القناع جـ٤ ص٦٠٩ . المغنى : جـ١٠ ص٤٤١ .
واليه ذهب المالكية :
انظر : الشرح الكبير جـ٢ ص٢٥٩ كتاب النكاح . الجواهر جـ١ ص٢٩٢ .
شرح المنح جـ٢ ص٥٩ .
وهو قول ابن حزم أيضا : انظر المحلى جـ١١ ص٤٤٥ كتاب النكاح .

وقال أبو حنيفة : لا ينفسخ .(٢)

لنا : هو انه ملك زوجته فأشبه الحر(٣) ، والدليل على أنه ملك: انه لو لم يكن بينهما نكاح منع من ابتداء نكاحها .(٤)

قالوا : المكاتب لا يملك لانه لو ملك لملك الوطء(٥) بملك اليمين ، ويملك العتق كالحر(٦) ،(٧) فصار كالعبد المأذون .(٨)

---

(٢) الهداية جـ٥ ص ٥٠٦ كتاب البيوع ، باب خيار الشرط . التبيين جـ٤ ص ١٧ مجمع الأنهر جـ٢ ص ٢٧ .

(٣) حيث ينفسخ نكاحه اذا ملك زوجته الأمه .

بجامع ملك الزوجة فى كل من الاصل وهو مالو ملك الحر زوجته ، والفرع وهو مالو ملك المكاتب زوجته .

ولما كان حكم الأصل انفساخ النكاح به ، كان حكم الفرع كذلك فينفسخ النكاح بشراء المكاتب زوجته أيضا لذلك .

(٤) أى مالم يأذن له سيده . لأن المكاتب لا زال رقيقا .

انظر شرح المحلي جـ٤ ص ٣٦٧ .

(٥) فى نسخة ((ب)) : الوطئ .

(٦) فى الأصل (ويملك العين كالحر) . وهو تحريف .

(٧) أى والحال انه لا يملك الوطء بملك اليمين ولا يملك العتق أيضا ، فصح انه لا يملك . انظر مجمع الأنهر جـ٢ ص ٤١٠ .

(٨) حيث لا يملك العتق ولا الوطء بملك اليمين ، بالأذن له بالتجارة .

انظر مجمع الأنهر جـ٢ ص ٤٤٨

بجامع عدم التملك فى كل من الاصل وهو العبد المأذون والفرع وهو المكاتب .

ولما كان حكم الاصل عدم انفساخ نكاحه بشرائه زوجته ، كان حكم الفرع كذلك فلا ينفسخ نكاح المكاتب بشراء زوجته أيضا لذلك .

قلنا : لا يملك [٩] الوطء [١٠] ولا العتق لانه يملك ملكا ضعيفا [١١] ، ولأن حق السيد يتعلق به [١٢] فهو كملك الراهن [١٣] ، والمأذون لا يملك ، وهذا [١٤] يملك [١٥] ، ولهذا يجوز أن يبيع [١٦] من المولى ويشترى منه [١٧] ، بخلاف المأذون [١٨].

---

(٩) أى المكاتب .

(١٠) فى نسخة ((ب)) : الوطئ . / أى الوطء بملك اليمين .

(١١) لتعرضه للفسخ بالعجز عن الأداء .

(١٢) أى بالمكاتب . لأن ملكه لا يزول عنه بالكتابة ، بل بالأداء .

(١٣) حيث يتعلق به حق المرتهن وتكون اليد له على الرهن .
انظر المنهاج ص ٥٥ .

(١٤) أى المكاتب .

(١٥) أى لانه من مقتضى عقد الكتابة ، اذ المراد منه تحصيل العتق بمال .
أى وهذا فارق بين الاصل والفرع يبطل به قياسهم المذكور .

(١٦) أى المكاتب .

(١٧) لانه يعمل لمصلحة نفسه ، لتحصيل العتق .
انظر شرح المحلي جـ٢ ص٢٤٣ .

(١٨) حيث لا يجوز له ذلك ، لانه يعمل لمصلحة سيده .
انظر المنهاج ص ٥٢ .
أى واذ قد ثبت الفرق المذكور بين المكاتب والمأذون فلا يصح قياس احدهما على الآخر .

* مسألة (٣٨٦) : اذا أبرأ أحد الوارثين المكاتب عن حصته أو اعتق نصيبه عتق (١) ٠/٩٣/ش.

وقال أبو حنيفة : لا يعتق (٢) .

---

(١) أى سواء عجز العبد بعد ذلك أو لم يعجز، ويقوم الباقى على المعتق ان كان موسرا ، ويكون ولاء العبد لمن كاتبه .

انظر: المختصر ص ٣٢٥ . المنهاج ص ١٦٠ . شرح المحلي جـ٤ ص٣٧٢ .

وهو قول الحنابلة أيضا فان كان المعتق معسرا عتق نصيبه ، وان كان موسرا عتق عليه الباقى .

انظر: شرح المنتهى جـ٢ ص ٦٧٩ . كشاف القناع جـ٤ ص ٦٢٦ . المغنى : جـ ١٠ ص ٣٨٧ .

(٢) لأن العتق مشروط بأداء المال ، والابراء اسقاط للمال فيبطل الشرط ، فلا عتق اذن .

الهداية جـ٨ ص ١٥١ . تبيين جـ٥ ص ١٧٤ . مجمع الأنهر جـ٢ ص ٤٤٢ .

وعند المالكية: ان قصد العتق حقيقة لا مجرد وضع ماله على العبد من نجوم الكتابة ، عتق وقوم عليه حصة شريكه ، والا بأن قصد الوضع فقط فلا يقوم على شريكه ، بل يسقط عنه نصف كل نجم .

وتظهر فائدة ذلك ، فيما لو عجز المكاتب عن أداء نصيب الآخر فانه يرق كله ، لانه انما وضع عنه ليخفف عنه لتتم له الحرية ، فلما لم تتم رجع رقيقا ، وقد حل ما أخذوا منه .

انظر: الشرح الكبير جـ٤ ص ٣٩٥ . الجواهر جـ٢ ص ٣٠٩ . شرح المنح جـ٤ ص ٦١٤ .

ولم أقف على قول ابن حزم فى هذه المسألة صريحا ، الا انه نص على انه : اذا حل النجم أو الكتابة ووجبت ، فضمانها من أجنبي - عن العبد - =

لنا : هو انه أبرأ (٣) عن جميع حقه ،فأشبه المولى والوارث الواحد (٤) ، ولا نه يصح اعتاقهما فصح اعتاق احدهما عن حصته ،كالشريكين، (٥) ولأن من نفذ ابراؤه نفذ عتقه كالموروث. (٦)

= جائز أهـ . المحلى جـ١٠ ص ٢٩٧ وضمانها عنه فى معنى ابرائه منهما ، فانه لا يؤدى المال بنفسه فى الحالين ،اذا صح هذا ،فهو قائل بقول الشافعية والله أعلم .

(٣) فى نسخة ((ب)) : ابراء .

(٤) حيث يعتق العبد المكاتب باعتاق المولى أو الوارث الواحد .
بجامع الابراء عن جميع الحق ، فى كل من الأصل وهو مالو اعتق المولى أو الوارث اذا كان واحدا ، والفرع وهو مالو أبرأ أحد الوارثين أو اعتق نصيبه من المكاتب .
ولما كان حكم الاصل حصول العتق به ، كان حكم الفرع كذلك فيعتق المكاتب اذا ابرأه احدهما أو اعتقه أيضا لذلك .

(٥) حيث يصح العتق وان كان من احدهما دون الآخر .
بجامع صحة العتق منهما معا فى كل من الأصل وهو الشريكان ، والفرع وهو الورثة .
ولما كان حكم الاصل صحة العتق اذا كان من أحدهما دون الآخر ، كان حكم الفرع كذلك فيصح العتق من أحد الورثة أيضا لذلك .

(٦) حيث لو ابرأ المكاتب من شئ لنفذ . انظر المنهاج ص ١٦٠ .
بجامع نفاذ الابراء منه ،فى كل من الاصل وهو الموروث ، والفرع وهو الوارث .
ولما كان حكم الأصل صحة العتق منه ، كان حكم الفرع كذلك فيصح عتق الوارث أيضا لذلك .

قالوا : الوارث قائم مقام الموروث ، ولو قبض الموروث البعض (٧) لم يعتـــق ، فكذلك الوارث . (٨)

قلنا : المولى لم يتفرد (٩) بملك الحصة ، وهذا (١٠) قد انفرد بملك الحصة ، فصار في نصيبه كالمولى في جميعه . (١١)

* مسألة (٣٨٧) : اذا ادى المال في الكتابة الفاسدة الى الوارث لـــم يعتق . (١) / ١٩٣ ش .

---

(٧) أي بعض مال الكتابة .

(٨) أي فلا يعتق العبد باعتاق بعض الورثة دون بعض .

(٩) في نسخة ((ب)) : لم ينفرد . / بالنون .

(١٠) أي الوارث .

(١١) حيث لو اعتق المولى جميع العبد لصح العتق وكذا لو ابرأه .
بجامع التفرد بملك الحصة في كل من الاصل وهو مالو كان العبد لشخص واحد ، والفرع وهو مالو كان لشريكين أو أكثر .
ولما كان حكم الاصل وقوع العتق بالابراء والاعتاق كان حكم الفرع كذلـــك فيقع العتق بابراء أو عتق أحد الوارثين أيضا لذلك .
أي وهذا فارق بين الاصل والفرع في قياسهم الوارث على الموروث .

(١) أي سواء كان الورثة عالمين بفساد الكتابة أو جاهلين به .
وتفسد الكتابة اذا اختلت صحتها بشرط فاسد كمكاتبته عبده بشرط أن يبيعه كذا أو بعوض فاسد كأن يكاتبه على خمر ، أو باجل فاسد كأن يكاتبـــه على نجم واحد ، اذ لا تصح حالة .
انظر مغني المحتاج جـ٤ ص ٥٣٢ .
وانظر : الأم جـ٨ ص ٤٩ . المختصر ص ٣٢٤ . الوجيز جـ٢ ص ٢٨٦ . =

وقال أبو حنيفة : يعتق استحسانا.(٢)

لنا : هو انه دفع المال الى غير العاقد في(٣) الكتابة الفاسدة ، فأشبه اذا دفع الى وكيله.(٤) ولأن العتق في الفاسد يقع بالصفة ،(٥) بدليل انه

= وبعدم العتق بالكتابة الفاسدة أصلا ، يقول ابن حزم . انظر المحلى : جـ ١٠ ص ٢٩٥ ، رقم المسألة/ ١٦٩٥ .

(٢) أي والقياس أن لا يعتق ، لأن العقد الفاسد لكونه ضعيفا في نفسه لا يمنع ملك الوارث ومن ضرورة انتقاله الى الوارث بطلان ذلك العقد ، ولو أعتق بالأداء ، انما يعتق من جهة الوارث ، والوارث لم يكاتبه .
انظر : المبسوط جـ ٨ ص ٩ . التبيين جـ ٣ ص ٩٤ كتاب العتاق باب العتق على جعل . مجمع الأنهر جـ ٢ ص ٤٢٢ .
وبوقوع العتق به يقول الحنابلة أيضا :
انظر : شرح المنتهى جـ ٢ ص ٦٧٦ . كشاف القناع جـ ٤ ص ٦١٩ . المغنى : جـ ١٠ ص ٣٨٥ .
ولم أقف على قول المالكية في هذه المسألة .

(٣) في نسخة ((ب)) : الى الكتابة . / وهو تحريف .

(٤) حيث لا يعتق بدفع مال الكتابة الى وكيل السيد .
بجامع دفع المال الى غير العاقد في كل من الأصل وهو مالو دفع مال الكتابة الى وكيل السيد ، والفرع وهو مالو دفعه الى الورثة .
ولما كان حكم الاصل عدم حصول العتق به ، كان حكم الفرع كذلك ، فلا يحصل العتق بأداء مال الكتابة الى الورثة أيضا لذلك .

(٥) أي بالشرط ، لا بعقد الكتابة .

لا يقــع [٦] بأخذ العوض [٧] ولا بالابراء والصفة لم توجد [٨] .

قالوا : العتق بحكم [٩] المعاوضة ، بدليل انه يتبعها الكسب [١٠] والولد [١١] ، ويقبل الفسخ فشابه [١٢] الكتابة الصحيحة [١٣].

قلنا : لو صح هذا لوجب أن يعتق [١٤] بالدفع الى الوكيل ، وبالابراء ، أو بأخذ [١٥] البدل [١٦].

---

(٦) أى العتق فى الكتابة الفاسدة .

(٧) لانه لايجوز أخذه ، كما لو كاتبه على خمر أو خنزير ونحو ذلك .

(٨) الواو هنا حالية ، أى حالة كون الصفة لم توجد .
انظر شرح المحلي جـ٤ ص ٣٧١ .

(٩) فى نسخة ((ب)) : لحكم . / بلام بدل الباء .
والمعنى ان العتق بسبب الكتابة ، يأخذ حكم المعاوضة . لأن العبـــد فيها يشترى نفسه من سيده .

(١٠) أى اذا بقى لديها مال بعد أداء نجوم الكتابة ، فانه يكون من ملكها .

(١١) حيث يعتق بعتقها فى الكتابة .

(١٢) فى نسخة ((ب)) : فشأنه . / وهو تصحيف .

(١٣) أى من حيث الاثار الترتبة عليها ، ومنها العتق بالأداء الى المستحق .

(١٤) أى فى الكتابة الفاسدة .

(١٥) سقط لفظ (أو بأخذ) من نسخة ((ب)) .

(١٦) أى والحال انه لا يعتق فى الكتابة الفاسدة بواحدة من المذكـــورات ، فدل على بطلان تعليل وقوع العتق فى الكتابة الفاسدة بأنها معاوضـــة لأن المعاوضة موجودة فى حال الدفع الى الوكيل أو بالابراء أو بأخـــذ البدل ثم لم يعتق العبد بهـــا .

* مسألة (٣٨٨) : اذا كان بين رجلين عبد فكاتباه [١] لم يجز أن يتفاضلا [٢] مع تساوى الملكين ولا أن يتساويا مع تفاضل الملكين. [٣] / ١٩٣ ش.

وقال أبو حنيفة : يجوز. [٤]

---

(١) أى بعقد واحد .

(٢) أى فيما يأخذانه من مال الكتابة .

(٣) الأم جـ٨ ص ٤١ . المنهاج ص ١٦٠ . مغنى المحتاج جـ٤ ص ٥٢١ .
وهو قول ابن حزم ، ففى المحلى جـ١٠ ص ٢٩٨ رقم / ١٧٠١ : فلو اتفق الشريكان معا على كتابة عبدهما أو امتهما معا بلا فصل جاز ذلك . أ هـ
فقوله (بلا فصل) اذا كانت الصاد فيه معجمة فمعناه : بلا تفاضل بينهما فى مال الكتابة اذا كان ملكهما فى العبد متساويا ، واذا كانت الصاد فيه مهملة ، فمعناه بلا وجود فاصل زمنى بين كتابة الأول للعبد وكتابة الثانى له ، أى بأن يكاتباه معا فى وقت واحد بعقد واحد .
وحينئذ فلا ندرى ما مذهبه فى مسألتنا ، وبالله التوفيق .

(٤) بدائع الصنائع جـ٤ ص ١٤٩ .
وهو قول الحنابلة أيضا :
انظر : شرح المنتهى جـ٢ ص ٦٧٩ . كشاف القناع جـ٤ ص ٦٢٥ والتى تليها . المغنى جـ١٠ ص ٤١١ .
واليه ذهب المالكية أيضا :
انظر : شرح المنح جـ٤ ص ٦١١ . الشرح الكبير جـ٤ ص ٣٩٣ والتى تليها . الجواهر جـ٢ ص ٣٠٨ .

لنا : ان ما يحصل فى يده (٥) يتعلق به حقهما ، فلا يجوز أن يرتفق بـــه احدهما من غير اذن شريكه ، كما قبل الكتابة. (٦)

قالوا : عقد معاوضة فجاز أن يتفاضلا فى العوض فيه ، كالبيع. (٧)

قلنا : لأن العوض فى البيع من مال المشترى (٨) ، وها هنا (٩) من مالهما. (١٠)

---

(٥) أى المكاتب ، أى من الكسب .

(٦) حيث لا يجوز لأحد الشريكين فى العبد الارتفاق به من غير اذن شريكه .
بجامع تعلق حقهما بكسبه فى كل من الأصل وهو الشريكان فى العبـــد قبل كتابته ، والفرع وهو الشريكان فيه بعدها .
ولما كان حكم الاصل عدم جواز الارتفاق بالعبد بدون اذن الشريك الآخر ، كان حكم الفرع كذلك فلا يجوز أن يفضل أحد الشريكين الآخر فى مـــال الكتابة أيضا لذلك .

(٧) حيث يجوز أن يتفاضلا فى نصيبهما من ثمن العبد اذا باعاه .
بجامع أن كلا عقد معاوضة . اما الاصل فالبيع واما الفرع فالكتابة .
ولما كان حكم الاصل جواز تفاضلهما فى ثمن العبد المبيع ، كان حكم الفرع كذلك فيجوز أن يتفاضلا فى العوض فى الكتابة أيضا لذلك .

(٨) أى ولذلك جاز أن يتفاضلا فيه .

(٩) أى فى عقد الكتابة .

(١٠) وهو العبد . أى فلم يجز أن يتفاضلا فيه .

أى وهذا فارق بين الاصل والفرع يبطل به قياسهم المذكور.

* مسألة (٣٨٩) : اذا كاتباه بما يجوز فأدى ما معه الى احدهما باذن شريكه عتق فى أصح القولين.[١] / ١٩٣ ش.

وقال أبو حنيفة : لا يعتق حتى يؤدى اليهما.[٢]

لنا : [٣] انه منع لحقه،[٤] فاذا رضى جاز ،كأخذ المبيع قبل قبض الثمن.[٥]

---

(١) أى ويسرى العتق الى باقى العبد ان كان الذى استوفى مال كتابته موسرا بقيمة باقيه ،ويضمن نصيب شريكه بقيمته مكاتبا .

انظر : الأم جـ٨ ص ٤٢ . المختصر ص ٣٢٥ .

وهو قول الحنابلة أيضا :

انظر: شرح المنتهى جـ٢ ص ٦٨٠ . كشاف القناع جـ٤ ص ٦٢٧ . وذكر فى المغنى جـ١٠ ص ٤١٣ وجها آخر انه لا يعتق . وذكرهما أيضا فى الانصاف جـ٧ ص ٤٨٣ .

واليه ذهب المالكية أيضا :

انظر: الشرح الكبير جـ٤ ص ٣٩٤ . الجواهر جـ٢ ص ٣٠٨ . شرح المنح جـ٤ ص ٦١٢ .

(٢) أى جميع مال الكتابة .

انظر: المبسوط جـ٨ ص ٣٢ . التبيين جـ٥ ص ١٦٦ . والتى تليها . بدائع الصنائع جـ٤ ص ١٤٩ .

ولم أقف على قول ابن حزم فى هذه المسألة .

(٣) أى أداء مال الكتابة الى أحد الشريكين باذن الآخر .

(٤) فى نسخة ((ب)) : لنا : انه منع لحقه ،ضيع لحقه . / ولعلها التبست على الناسخ فاثبت الجملتين معا .

والضمير فى (لحقه) عائد الى الشريك الآخر.

(٥) حيث يجوز اذا اذن فيه البائع .

بجامع المنع لحق الغير فى كل من الأصل ما لو قبض المشترى المبيع باذن البائع قبل نقد الثمن . والفرع وهو أداء مال الكتابة الى أحد الشريكين باذن الآخر.

=

قالوا : العتق يجب تكميله،[٦] ولا يحصل ذلك الا بأداء الجميع.[٧]

قلنا : يكمل[٨] بالتقويم.[٩]

* مسألة (٣٩٠) : الايتاء[١] واجب.[٢] /١٩٣ش.

= ولما كان حكم الأصل حصول البيع به ، كان حكم الفرع كذلك فيقع العتق بأداء مال الكتابة الى أحد الشريكين باذن الآخر أيضا لذلك .

(٦) أى فيما اذا اعتق الرجل بعض عبده أو أحد الشريكين نصيبه فى عبد ،وكانا موسرين ، حيث يسرى العتق الى باقيه .

(٧) أى جميع مال الكتابة .

(٨) فى نسخة ((ب)) : تكميل بالتقريب .

(٩) أى على شريكه .

(١) الايتاء : الاعطاء ، تقول : آتيت فلانا مالا اذا اعطيته .
وفى الشرع : أن يضع السيد عن المكاتب جزأ من مال الكتابة ،أو ان يدفع اليه جزءا من المال .
لقوله تعالى (وآتوهم من مال الله الذى آتاكم) سورة النور آية / ٣٣ .
قيل: يضع عنه ربع الكتابة وقيل: ما يقع عليه اسم المال .
وفى الأولى منهما قولان ، قيل: الوضع أولى ، وقيل: بل الدفع أولى .
وفى وقت الايتاء وجهان: أحدهما : يجب بعد العتق، الثانى : قبله.
ويكون المال من جنس مال الكتابة. انظر المهذب جـ٢ ص ١٤ .
وفى المنهاج ص ١٦٠ : الحط أولى ، وفى النجم الأخير اليق ، والأصح انه يكفى ما يقع عليه الاسم .أهـ

(٢) الأم جـ٨ ص ٣٣ : المختصر ص ٢٨٨ . الوجيز جـ٢ ص ٢٨٨ . المنهاج ص ١٦٠ .
وهو قول الحنابلة أيضا ، وحدوه بالربع . ومحله: مالم تكن الكتابة فاسدة.
ووقته غير محدد فان شاء فى أول الكتابة أو اثنائها أو اخرها . =

وقال أبو حنيفة : لا يجب.(٣)

لنا : قوله تبارك وتعالى : (وآتوهم من مال الله الذى آتاكم)(٤) .

فان قيل : المراد به الزكاة،(٥) ولهذا اضافه الى الله تبارك وتعالى.(٦)

= انظر: شرح المنتهى جـ٢ ص ٦٧٦ . كشاف القناع جـ٤ ص ٦٢٢ و ص ٦٣٠ . المغني جـ١٠ ص ٣٧٧ . لكن ذكر في الانصاف جـ٧ ص ٤٧٧ رواية أخرى: ان الايتاء مندوب .

وبه يقول ابن حزم ، ولم يحده بحد ، بل بما طابت به نفس السيد . ووقت الأداء فى أول الكتابة .

انظر المحلى جـ١ ص ٣٠٠ .

(٣) الهداية جـ٨ ص ٩٦ . التبيين جـ٥ ص ١٥١ . المبسوط جـ٧ ص ٢٠٦ . المجمع جـ٢ ص ٤٠٦ .

وبمندوبية الايتاء يقول المالكية أيضا ولم يحدوا ذلك ، ووقت الأداء فى آخر الكتابة . انظر الشرح الكبير جـ٤ ص ٣٨٨ . الجواهر جـ٢ ص ٣٠٧ . شرح المنح جـ٤ ص ٦٠٥ .

(٤) وتمام الآية (والذين يبتغون الكتاب مما ملكت أيمانكم ، فكاتبوهم ان علمتم فيهم خيرا ، وآتوهم من مال الله الذى آتاكم) سورة النور آية / ٣٣ .

(٥) أى آتوهم من الزكاة . اشارة الى قوله تعالى (انما الصدقات للفقراء والمساكين والعاملين عليها والمؤلفة قلوبهم وفى الرقاب والغارمين وفى سبيل الله وابن السبيل ، فريضة من الله والله عليم حكيم) . سورة التوبة آية / ٦٠ .

(٦) فى نسخة ((ب)) : تبارك اسمه . / أى والمال المضاف الى الله تعالى مطلقا هو الصدقة.

انظر المبسوط جـ٧ ص ٢٠٧ .

قيـل : خاطب به السادة وهم لا يدفعون الزكاة[٧] ، ولأنه روى عن علىّ موقوفا عليه ومسندا الى النبى صلى الله عليه وسلم انه قال فى هذه الآية (الايتاء ربع[٨] الكتابة[٩]) وعن

---

(٧) أى الى مماليكهم .

(٨) فى الأصل (دفع) وهو تحريف .

(٩) الاثران رواهما البيهقى جـ١٠ ص ٣٢٩ كتاب المكاتب ، باب ماجاء فى تفسير قوله عز وجل (واتوهم من مال الله الذى آتاكم) . فروى المرفوع ثم الموقوف .
ثم قال : هذا هو الصحيح موقوف ، ثم ذكر له عدة طرق أخرى موقوفة على علىّ أيضا .

ونقل ابن حجر عن الدارقطنى والنسائى - لعله فى غير سننهما - تصحيح رواية الوقف وعن عبد الحق قوله : رواه ابن جريج عن عطاء بن السائب عن السلمى - هو عبد الرحمن - مرفوعا ، وابن جريج انما سمع من عطاء بعد الاختلاط - قال - ورواية الوقف أصح . أهـ التلخيص : جـ٤ ص ٢١٧ . رقم / ٢١٥٧ .

ورواهما عبد الرزاق فى المصنف جـ٨ ص ٣٧٥ كتاب المكاتب . باب وآتوهم من مال الله الذى آتاكم . رقم / ١٥٥٨٩ والذى يليه .

وروى المرفوع ابن حزم أيضا عن على ثم ضعفه بقوله : ابن جريج لم يسمع من عطاء بن السائب الا بعد اختلاط عطاء . أهـ المحلى جـ١٠ ص ٣٠٣ .

وانظر ترجمة على بن أبى طالب فى المسألة رقم (٤٠) الهامش (١١) .

وعن عمر (١٠) انه كاتب عبدا له يكنى ابا امية ، وهو أول عبد كوتب فى الاسلام .
فأتاه بأول نجم فدفعه اليه عمر وقال : استعن به على مكاتبتك ، فقال : لو أخرته
الى آخر نجم ، فقال : أخاف أن لا (١١) أدرك ذلك ، (١٢) وعن ابن عمر أنه كاتب

---

(١٠) فى نسخة ((ب)) : وعن عثمان . / وهو خطأ .
انظر ترجمة عمر بن الخطاب فى المسألة رقم (٤٠) الهامش (٨) .
وانظر ترجمة عثمان بن عفان فى المسألة رقم (١) الهامش (٣٨) .

(١١) فى نسخة ((ب)) : ألّا . / بادغام النون باللام .

(١٢) يعنى أن يدركه الموت قبل اتمام المكاتب أداء مال الكتابة ، فيرجع
رقيقا .

والاثر رواه البيهقى جـ ١٠ ص ٣٢٩ كتاب المكاتب باب ماجاء فى
تفسير قوله عز وجل (وآتوهم من مال الله الذى آتاكم) . ثم زاد البيهقى :
ثم قرأ - أى عمر - (وآتوهم من مال الله الذى آتاكم) ، قال عكرمة :
وكان أول نجم ادى فى الاسلام . أهـ ولم يتعقبه صاحب الجوهر النقى .

ورواه ابن حزم أيضا ، فى المحلى جـ ١٠ ص ٣٠٢ . ولم يتعقبه بشئ .
ورواه عبد الرزاق بنحوه ، جـ ٨ ص ٣٧٦ . رقم / ١٥٥٩٢ .

وأما أبو أمية فهو العدوى مولى عمر له ادراك اخرج ابن أبى شيبة
من طريق ابن عباس قال كاتب عمر عبدا له يكنى أبا أمية فجاء بنجمه
حين حل وكان أول نجم فى الاسلام قال ابن حجر ولم أقف على اسم
أبى أمية هذا .
الاصابة جـ ٤ ص ١٤ رقم ٩٤ .

عبدا له على خمسة وثلاثين ألفا فوضع خمسة آلاف.[١٣] ولأن الزكاة[١٤] قد علم من آية الصدقات.[١٥] وأما اضافته الى الله[١٦] تبارك وتعالى فلا يدل على الصدقة، لانه أضاف ماآتاه الله تعالى وخوله،[١٧] لا مادفعه اليه، لأن الأموال

---

(١٣) رواه البيهقي جـ١٠ ص ٣٣٠ كتاب المكاتب، باب ماجاء في تفسير قوله عز وجل (وآتوهم من مال الله الذى آتاكم) من طريق أيوب عن نافع عن ابن عمر.

وزاد : احسبه قال : من آخر نجومه. أهـ.

ورواه من طريق اخرى وزاد فيها ان اسم المكاتب : شرف.

ولم يتعقبه أيضا صاحب الجوهر النقي.

انظر: ترجمة ابن عمر في المسألة رقم (٤) هامش (٣).

(١٤) أي أداء نصيب منها لفك الرقاب ومساعدة المكاتبين.

(١٥) وهي قوله تعالى : (انما الصدقات للفقراء والمساكين والعاملين عليها والمؤلفة قلوبهم وفي الرقاب والغارمين وفي سبيل الله وابن السبيل فريضة من الله والله عليم حكيم) سورة التوبة آية/ ٦٠.

(١٦) في نسخة ((ب)) : واما اضافته اليه تعالى جده. / أي اضافة المال في قوله تعالى : (وآتوهم من مال الله).

(١٧) في نسخة ((ب)) : وحوله مالا دفعه اليه. / العبارة مضطربة.

ومعنى خوله بالخاء المعجمة: أعطاه.

انظر المصباح جـ١ ص ١٩٨.

لله تبارك وتعالى حقيقة . ولأن ما جعل[١٨] رفقا بالمكاتب كان مستحقا كالكسب[١٩]، ولأنه[٢٠] ازالة ملك يتعلق بالصفات[٢١] ، فجاز أن يستحق[٢٢] فيها على المزيل مال[٢٣]، كالطلاق[٢٤].

---

(١٨) وهو الايتاء .

(١٩) حيث يستحقه المكاتب ويتملكه دون سيده .

بجامع ان كلا جعل رفقا بالمكاتب ،اما الأصل فالكسب واما الفرع فالايتاء ، ولما كان حكم الاصل كون الكسب مستحقا للمكاتب دون سيده ، كان حكم الفرع كذلك فكان الايتاء من حق المكاتب أيضا لذلك .

(٢٠) أى عقد الكتابة .

(٢١) أى بالشروط، وهى أداء مال الكتابة وتنجيمها وتعيين نوعها ونحو ذلك .

(٢٢) بالبناء للمجهول .

(٢٣) فى الأصل (مالكا) وهو تحريف .

(٢٤) أى قبل الدخول أو بعده وقد بقى من المهر شئ ، حيث تستحق المرأة به المال .

بجامع ازالة الملك المتعلق بالصفات فى كل من الأصل وهو الطلاق والفرع وهو المكاتبة .

ولما كان حكم الاصل وجوب المال على الزوج اذا طلق زوجته قبل الدخول أو بعده وقد بقى لها من المهر شئ ، كان حكم الفرع كذلك فيجب على السيد ايتاء المكاتب أيضا لذلك .

قالوا : عقد ،فلا يجب فيه الا يتاء ،كالبيع والعتق على مال .(٢٥)

قلنا : ذاك(٢٦) لم يبن على الرفق والكتابة بنيت على الرفق(٢٧) ، الا ترى انه يعتق بالكسب الذى هو مال المولى ،(٢٨) بخلاف ما قاسوا عليه .(٢٩)

قالوا : لو كان ذلك واجبا لقدر.(٣٠)

---

(٢٥) حيث لا يجب على البائع وضع شئ من الثمن للمشترى بسبب عقد البيع ، ولا يجب على السيد وضع شئ من ثمن العبد أو المال الذى علق عتقه على أدائه .

بجامع ان كلا عقد ، اما الأصل فالبيع والعتق على مال ، واما الفرع فالكتابة .

ولما كان حكم الأصل عدم وجوب اسقاط شئ من المال فيه ، كان حكم الفرع كذلك فلا يجب على السيد الا يتاء أيضا لذلك .

(٢٦) أى بيع العبد أو عتقه على مال .

(٢٧) وهو اعانة العبد على تخليص نفسه من الرق . والدليل عليه ما ذكره المصنف بعده .

أى فهذا فارق بين الاصل والفرع يبطل به قياسهم المذكور.

(٢٨) لانه متولد عن ماله الذى هو العبد .

(٢٩) وهو بيع العبد أو عتقه على مال ، حيث المال فيه ليس مالا للسيد .

(٣٠) أى والآية قد اطلقته (وآتوهم من مال الله الذى آتاكم) فدل على أنه غير واجب كصدقة التطوع ، ولو كان واجبا لقدره كالزكاة .

قلنا : يبطل بالمتعة والنفقة وبدل المتلفات.(٣١)

قالوا : لو(٣٢) استحق بعض المال لبطل العقد ،لأن الباقي من المال يصير مجهولا.(٣٣)

قلنا : العقد وقع على عوض معلوم ،(٣٤) وانما طرأ الاستحقاق(٣٥) بعده فلم يبطل بالرجوع(٣٦) كأرش العيب والزكاة فى الثمر.(٣٧)

---

(٣١) أى فانها واجبة ،ثم لم يرد الشرع بتقدير شئ منها . فدل على أن عدم التقدير في الايتاء ،لا يصح جعله علة فى المنع من وجوبه .

(٣٢) سقط لفظ (لو) من نسخة ((ب)) .

(٣٣) أى والكتابة لا تصح على مجهول . كما لو كاتبه على قيمته .
انظر مجمع الأنهر جـ٢ ص ٤٠٧ .

(٣٤) وهو ما تم عليه العقد عند الكتابة .

(٣٥) وهو الايتاء .

(٣٦) فى نسخة ((ب)) : كالرجوع بارش العيب . / أى برجوع بعض العوض الذى وقع عليه العقد الى العبد .

(٣٧) فى الأصل (فى الثمن) وفى نسخة ((ب)) : فى التمر . / بمثناه من فوق . والصواب ما أثبتناه بالثاء المثلثة .
أى حيث لا يمنع طرو الاستحقاق صحة البيع اذا رجع المشترى بأرش العيب فى المبيع .
ولا يمنع طرو وجوب الزكاة على الثمر المبيع بعد بدو صلاحه اذا بلغ نصابا ،صحة البيع ، مع كون مقدار ما سيؤخذ منه بالزكاة مجهولا .
بجامع العقد على عوض معلوم فى كل من الاصل وهو عقد البيع ، والفرع وهو عقد الكتابة .
ولما كان حكم الأصل عدم بطلان العقد فيه بالرجوع بأرش العيب =

* مسألة (٣٩١) : اذا صالح[1] المكاتب عن الف مؤجلة على خمس[2] مائة معجلة ، لم يصح[3] . /

وقال أبو حنيفة : تصح[4] .

= والزكاة في الثمر ، كان حكم الفرع كذلك فلا يبطل عقد الكتابة بايجاب الايتاء فيها أيضا لذلك .

(١) أى السيد .

(٢) فى نسخة ((ب)) : بخمس معجلة . / فيه تحريف وسقط .

(٣) المختصر ص ٣٢٧ . الوجيز جـ٢ ص ٢٨٩ . المنهاج ص ١٦١ .
وهو قول ابن حزم ، انظر المحلى جـ١٠ ص ٢٩٧ .

(٤) أى استحسانا ؛ ووجهه : ان الاجل فى حق المكاتب مال من وجه ، لانه لا يقدر على الأداء ، الا بالاجل ، دون وجه آخر ، وبدل الكتابة ليس بمال من وجه حيث لا تجوز الكفالة به دون وجه آخر فاستويا فى كونهما مالا وغير مال . وفى القياس : لا يجوز ، لانه اعتياض عن الاجل وهو ليس بمال والدين مال ، فكان ربا ، ولهذا لا يجوز مثله فى الحر ومكاتب الغير .
انظر : الهداية جـ٨ ص ١٢٦ . التبيين جـ٥ ص ١٦٣ . وذكر فى مجمع الأنهر جـ٢ ص ٤١٤ ان أبا يوسف لا يجيزه وفاقا للشافعى وزفر ، وذكر فى حاشية الشلبى أيضا خلاف زفر . انظره جـ٥ ص ١٦٣ .
وبجوازه يقول الحنابلة أيضا :
انظر : شرح المنتهى جـ٢ ص ٦٦٨ . كشاف القناع جـ٤ ص ٦٠٥ . المغنى جـ١٠ ص ٤٤٩ .
واليه ذهب المالكية أيضا :
انظر : حاشية الدسوقى جـ٤ ص ٣٩٨ عند تعليقه على قول خليل : =

لنا : هو انه ابراء من بعض الدين باسقاط الاجل ، فلم يجز، (٥) كالثمن والاجرة والصداق ، (٦) ولأن هذا يشبه ربا الجاهلية وهو تأجيل الدين بالزيادة . (٧)

= كالقطاعة - بكسر القاف افصح من فتحها - وهى العتق على مال حال ولم يأت به العبد فيتلوم له الحاكم ان رجاه .
انظر الجواهر جـ٢ ص ٣١٠ . وانظر الفواكه الدوانى جـ٢ ص ٢٠٠ عند الكلام على القطاعة .
وانظر شرح المنح جـ٤ ص ٦١٣ .

(٥) لما فيه من اسقاط الرفق الذى شرع للمكاتب بتأجيل النجوم عليه .

(٦) حيث لا يجوز فيها اسقاط جزء منها مقابل اسقاط الأجل .
بجامع الابراء من بعض الدين مقابل اسقاط الاجل فى كل من الأصل وهو الثمن والاجرة والصداق ، والفرع وهو مصالحة المكاتب عن الف مؤجلة على خمسمائة معجلة .
ولما كان حكم الاصل البطلان فيه ، كان حكم الفرع كذلك فلا يجوز مصالحة المكاتب عن الف مؤجلة على خمسمائة معجلة أيضا لذلك .

(٧) أى فيحرم ، لقوله تعالى : (يأيها الذين آمنوا لا تأكلوا الربا اضعافا مضاعفة واتقوا الله لعلكم تفلحون) سورة آل عمران آية/ ١٣٠ .
قال ابن جرير: وكان اكلهم ذلك فى جاهليتهم : ان الرجل منهم كان يكون له على الرجل مال الى اجل فاذا حل الاجل طلبه من صاحبه ، فيقول له الذى عليه المال : اخرعنى دينك وازيدك على مالك فيفعلان ذلك . أهـ تفسير الطبرى جـ٧ ص ٢٠٤ .

قالوا : ليس بدين صحيح ، لانه دين على عبده (٨) .

قلنا : بل هو دين صحيح ولا سيما عندهم فانه يجبر على أدائه (٩) ، ولانه (١٠) بمنزلة سائر الديون في جميع الأحكام (١١) وفي تحريم الربا ، فكذلك (١٢) في هذا (١٣) .

* مسألة (٣٩٢) : اذا اشترى المكاتب من يعتق عليه (١) لم يصح الشراء (٢) . / ١٩٤ ى

---

(٨) أى وعبده مال من ماله . فلم يكن دينه دينا صحيحا . لأن المكاتب قد يتحول هو وماله الى سيده وذلك فيما اذا عجز عن الأداء بأن لم يجد وفاء ، فلا يجبر المكاتب على أدائه ولا تصح الكفالة به ، فدل على أنه دين ليس بصحيح .

(٩) ومحله عندهم : اذا كان معه وفاء . انظر الهداية جـ٨ ص ١٤١ .

(١٠) أى مال الكتابة .

(١١) أى من وجوب الصيغة واشتراط القبول والأهلية للتبرع وامتلاكه بالقبض الى آخر ما هنالك . انظر المنهاج ص ٥٤ .

(١٢) سقط حرف (في) من نسخة ((ب)) .

(١٣) أى في مال الكتابة . حيث يحرم فيه الربا ، ومنه المصالحة عن ألف مؤجلة على خمسمائة معجلة .

(١) كأصوله وفروعه . وهم: اباؤه او امهاته أو اجداده أوجداته ، أو ولده أو ولد بنيه أو بناته بعد الولد منه أو قرب .

انظر المختصر ص ٣٢١ .

(٢) المختصر ص ٣٢٨ . الوجيز جـ٢ ص ٢٩٢ . المنهاج ص ١٦١ . ومحله: مالم يأذن له سيده ، والا بأن اذن له ففيه قولان اظهرهما الصحة.

وهو قول المالكية أيضا ، ومحله: مالم يأذن له السيد .

=

وقال أبو حنيفة : يصح .(٣)

لنا : هو أنه تصرف لا نظر فيه ،(٤) فأشبه الهبة.(٥)

قالوا : ماجاز له شراؤه بعد العتق جاز قبله ، كغيره .(٦)

= انظر : الشرح الكبير جـ٤ ص ٣٩٩ وحاشية الدسوقي عليه . الفواكه جـ٢ ص ١٩٩ . الجواهر جـ٢ ص ٣١٠ .
واليه ذهب ابن حزم . انظر المحلى جـ١٠ ص ٢٩٧ .

(٣) أي ويدخل في كتابته ان كان له عليه ولاده كالأب والابن ، وان كان ذا رحم محرم منه لا ولاد له عليه لم يدخل في كتابته عند أبي حنيفة ، خلافا لصاحبيه اذ قالا: يدخل في كتابته .
انظر: الهداية جـ٨ ص ١١٦ . التبيين جـ٥ ص ١٥٨ . مجمع الانهر جـ٢ ص ٤١٠ .
وبصحة الشراء يقول الحنابلة أيضا وان لم يأذن له سيده .
انظر: شرح المنتهى جـ٢ ص ٦٧١ . كشاف القناع جـ٤ ص ٦٠٦ . وذكر في المغني جـ١٠ ص ٤٤٠ رواية اخرى: انه لا يصح وان اذن له سيده به .

(٤) أي لا مصلحة ولا فائدة فيه .

(٥) حيث لا تصح منه .
بجامع ان كلا تصرف لا نظر له فيه ، اما الأصل فالهبة من المكاتب ، واما الفرع فشراؤه من يعتق عليه .
ولما كان حكم الاصل عدم صحتها منه ، كان حكم الفرع كذلك فلا يصح شراؤه من يعتق عليه أيضا لذلك .

(٦) أي كشرائه غير من يعتق عليه حيث يصح منه ذلك .
بجامع صحة شرائه بعد العتق في كل من الاصل وهو شراء من لا يعتق عليه ، والفرع وهو شراء من يعتق عليه .
ولما كان حكم الاصل صحة الشراء فيه ، كان حكم الفرع كذلك فيصح شراء من يعتق عليه أيضا لذلك .

قلنا : الهبة[٧] تجوز بعد العتق ولا تجوز قبله[٨].

* مسألة (٣٩٣) : اذا وهب المكاتب شيئا باذن المولى جاز فى أحد القولين[١]. / ١٩٤ ى .

وقال أبو حنيفة : لا يجوز.[٢]

---

(٧) أى من المكاتب .

(٨) أى فدل على بطلان قياس شراء ماقبل العتق على مابعده .

(١) وهو الأظهر.
انظر المنهاج ص ١٦١ : ويستقل - أى المكاتب - بكل تصرف لا تبرع فيه ولا خطر والا فلا ، ويصح باذن سيده فى الأظهر . أهـ
وانظر شرح المحلى جـ٤ ص ٣٧٠ والتى تليها . المختصر ص ٣٢٧ . الوجيز جـ٢ ص ٢٩٢ .
وهو قول الحنابلة أيضا :
انظر: شرح المنتهى جـ٢ ص ٦٧١ . كشاف القناع جـ٤ ص ٦٠٨ . المغنى : جـ١٠ ص ٣٩٥ .

(٢) سواء كانت هبته بعوض أو بغير عوض.
ومحله: اذا كان الموهوب كثيرا ، واما اليسير فيصح منه مطلقا ، لانه من ضرورات التجارة ، وقد صارت من حقه بالمكاتبة ، ومن ملك شيئا ملك ما هو من ضروراته وتوابعه . وحد اليسير مادون الدرهم كما فى الدر المنتقى : جـ٢ ص ٤١٠ .
انظر: الهداية جـ٨ ص ١١١ . التبيين جـ٥ ص ١٥٨ . مجمع الأنهر : جـ٢ ص ٤١٠ .
واليه ذهب المالكية ، ومحله مالم تكن الهبة بعوض ، والا بان كانت بعوض فتجوز منه .

=

لنا : انه منع من الهبة لحق مولاه فملك بالاذن ،كالمأذون[٣] ولأن المال لا يخرج منهما[٤] فاذا رضيا جاز كهبة المال المشترك[٥] ومال المضاربة.[٦]

= انظر: الشرح الكبير جـ٤ ص ٣٩٧ . الجواهر جـ٢ ص ٣٠٩ . شرح المنح جـ٤ ص ٦١٥ .

وذهب ابن حزم الى جوازه مطلقا اذن له السيد به أو لم يأذن ،لقوله فى المحلى : وله - أى المكاتب - ان يكاتب أو يعتق . أهـ جـ١٠ ص ٢٩٧

والهبة مثل العتق لانها على غير مال ، وان كانت على مال فهي كالمكاتبة وكلاهما جائز عنده .

(٣) حيث يجوز له أن يهب لغيره اذا أذن له بها السيد .

بجامع المنع من الهبة لحق المولى فى كل من الاصل وهو المأذون ، والفرع وهو المكاتب .

ولما كان حكم الاصل صحة الهبة منه به ، كان حكم الفرع كذلك فتجوز للمكاتب الهبة باذن السيد أيضا لذلك .

(٤) أى المكاتب وسيده .

(٥) فى الاصل (المشترى) وهو تحريف .

(٦) حيث يجوز لاحدهما الهبة من ذلك المال بأذن الاخر.

بجامع ان المال لا يخرج عنهما ، فى كل من الاصل وهو المال المشترك ومال المضاربة والفرع وهو مال المكاتبة .

ولما كان حكم الاصل جواز الهبة منه برضاهما ، كان حكم الفرع كذلك فيجوز للمكاتب الهبة من ماله باذن السيد أيضا لذلك .

قالوا : تصرف لنفسه (٧) فلا يؤثر اذ ن الغير في هبته (٨) كهبة المريض باذ ن الوارث (٩) وشراء المشفوع باذ ن الشفيع. (١٠)

قلنا : المريض منع لحق الوارث عند الموت ، ولعله (١١) (١٢) غير الأذ ن (١٣) ، وهذا (١٤) منع لحق السيد ، فأثر اذ نه فيه ، (١٥) والشفيع لا حق له قبل العقد ،

---

(٧) أي لمصلحة نفسه .

(٨) سقط لفظ (في هبته) من نسخة ((ب)) .

(٩) أي في حياته ، حيث لا يعتبر اذ نه في صحة هبة المريض مرض الموت لأن له حقا في الثلث .

(١٠) أي قبل الشراء ، حيث لا يسقط به حقه في الشفعة ، لا نه تنازل عن الحق قبل وجوبه .
بجامع التصرف لمصلحة نفسه ، في كل من الأصل وهو هبة المريض باذ ن الوارث وشراء المشفوع باذ ن الشفيع ، والفرع وهو هبة المكاتب باذ ن المولى .
ولما كان حكم الاصل عدم تأثير الا ذ ن في صحته ، كان حكم الفرع كذلك فلا تجوز هبة المكاتب وان اذ ن له السيد بها أيضا لذلك .

(١١) أي من الهبة بأكثر من الثلث .

(١٢) أي الوارث .

(١٣) أي فلم يكن لاذ نه تأثير في صحة الهبة من الثلث .

(١٤) أي المكاتب .

(١٥) أي فان اذ ن له بها ، صح والا فلا .

فلم يسقط (١٦) باذنه ،والسيد له حق فى المال (١٧) فسقط باذنه (١٨) .

* مسألة (٣٩٤) : اذا كاتب عبدا بغير اذن السيد ،لم يصح (١) ./١٩٤ ى ٠
وقال أبو حنيفة : يصح (٢) .

---

(١٦) أى حقه من الشفعة .

(١٧) فى نسخة ((ب)) : فى الحال . / وهو تحريف .

(١٨) أى حقه فى المال الموهوب باذنه .
أى وهذا فارق بين الاصل والفرع ، يبطل به قياسهم المذكور .

(١) أى فان اذن له صح ، والقول الثاني: انه لا يصح مطلقا اذن له السيد أو لم يأذن. وهذا هو المذهب .
انظر : المنهاج ص ١٦١ . شرح المحلي جـ٤ ص ٣٧١ . الوجيز : جـ٢ ص ٢٩٢ والتى تليها .
وانظر المختصر ص ٣٢٨ .
وهو قول الحنابلة أيضا :
انظر: شرح المنتهى جـ٢ ص٦٧١ .كشاف القناع جـ٤ ص ٦٠٨ . وذكر فى المغنى جـ١٠ ص ٣٩٥ والتى تليها رواية اخرى: انها تصح .

(٢) اى استحسانا ، خلافا لزفر.
انظر: الهداية جـ٨ ص ١١٢ . التبيين جـ٥ ص ١٥٧ . مجمع الأنهر : جـ٢ ص ٤٠٩ .
واليه ذهب المالكية أيضا . ومحله: اذا كاتبه ابتغاء الفضل كأن يكاتبه بأكثر من قيمته ، وإلا لم يجز ،كأن يكون رقيقه بالف فيكاتبه المكاتب على أكثر منها . سوء اذن له السيد أم لا .
انظر: الشرح الكبير جـ٢ ص٣٩٦ .الجواهر جـ٢ ص٣٠٩ .شرح المنح : جـ٤ ص ٦١٤ .

=

لنا : انه عتق على مال ، فأشبه اذا قال : انت حر على مال (٣) ، ولانه تبرع يعتبر (٤) من الثلث (٥) فلا يملكه من غير اذن ، كالهبة (٦) ، ولأن من لا يصح منه العتق في ماله لم تصح منه الكتابة ، كالمجنون (٧) ، ولانه عبد فأشبه المأذون (٨) ،

= وبجوازه يقول ابن حزم ايضا ، انظر المحلى جـ١٠ ص ٢٩٧ .

(٣) حيث لا يجوز له ذلك لانه تبرع وهو غير مأذون له به ، انظر شرح المحلي : جـ٤ ص ٣٦٢ .
بجامع العتق على مال في كل من الاصل وهو مالوقال المكاتب لعبده : انت حر على مال ، والفرع وهو مالو كاتبه .
ولما كان حكم الاصل عدم جوازه ، كان حكم الفرع كذلك فلا يجوز له مكاتبة عبده أيضا لذلك .

(٤) في نسخة ((ب)) : لا يعتبر . / وزيادتها خطأ .

(٥) أي في حال المرض .

(٦) حيث لا تصح منه الا باذن السيد في أظهر القولين . كما في المنهاج ص ١٦١ .
بجامع ان كلا تبرع يعتبر من الثلث ، اما الاصل فالهبة واما الفرع فالكتابة .
ولما كان حكم الاصل عدم صحته من المكاتب الا باذن السيد ، كان حكم الفرع كذلك فلا تصح مكاتبته لعبده الا باذن السيد أيضا لذلك .

(٧) حيث لا تصح منه الكتابة .
بجامع عدم صحة العتق منه في ماله ، في كل من الأصل وهو المجنون ، والفرع وهو المكاتب .
ولما كان حكم الأصل عدم صحة كتابته ، كان حكم الفرع كذلك فلا تصح مكاتبة المكاتب عبده أيضا لذلك .

(٨) حيث لا يجوز له المكاتبة بمطلق الاذن بالتجارة .
بجامع ان كلا عبد ، اما الاصل فالمأذون واما الفرع فالمكاتب .
ولما كان حكم الاصل عدم صحة المكاتبة منه ، كان حكم الفرع كذلك فلا تصح المكاتبة من المكاتب أيضا لذلك .

ولانه لا حظ له (٩) فى هذا لانه يبيع ماله بماله فأشبه المبيع (١٠) بالمحاباة. (١١)

قالوا : عقد معاوضة فأشبه البيع. (١٢)

قلنا : ذاك (١٣) فيه حظ (١٤) وهذا (١٥) لا حظ فيه، (١٦) فهو كبيع المحاباة. (١٧)

---

(٩) أى للمكاتب .

(١٠) فى نسخة ((ب)) : البيع .

(١١) حيث لا يجوز ذلك للمكاتب لما فيه من تأخير عتقه بتأخيره عن دفع النجوم .
بجامع انعدام الحظ له به ، فى كل من الأصل وهو البيع بالمحاباة ، والفرع وهو مكاتبة المكاتب عبده .
ولما كان حكم الأصل عدم صحته منه ، كان حكم الفرع كذلك فلا تصح المكاتبة منه أيضا لذلك .

(١٢) حيث يصح منه لحصوله به على المال .
بجامع ان كلا عقد معاوضة ، اما الاصل فالبيع ، واما الفرع فالكتابة .
ولما كان حكم الاصل صحته منه ، كان حكم الفرع كذلك فتصح منه مكاتبة عبده أيضا لذلك .

(١٣) أى البيع .

(١٤) أى للمكاتب . لأن به يتحصل على مال المكاتبة .

(١٥) أى مكاتبة المكاتب عبده .

(١٦) لانه قد لا يتمكن من دفع مال الكتابة فيعود به رقيقا .

(١٧) حيث لا يصح من المكاتب .
بجامع انعدام الحظ فيه للمكاتب ، فى كل من الاصل وهو بيع المحاباة والفرع وهو المكاتبة .
ولما كان حكم الاصل عدم صحته منه ، كان حكم الفرع كذلك فلا تصح منه المكاتبة أيضا لذلك .
والمقصود: ان بين الاصل والفرع فى قياسهم المذكور فاوقا ، فيبطل به .

* مسألة (٣٩٥) : اذا كاتب عبده باذن السيد فأدى المال اليه عتق وولاؤه [(١)] موقوف فى أحد القولين [(٢)] على عتق مولاه ، فان عتق فهو له ، وان رقّ فالولاء لسيد مولاه ./ ١٩٤ ش .

وقال أبو حنيفة : ولاؤه لسيد مولاه . [(٣)]

---

(١) سقطت الواو المهموزة من لفظ (وولاؤه) فى نسخة ((ب)) .

(٢) والقول الثانى : أنه لا يجوز له أن يكاتب أصلا وهو المذهب سواء اذن له السيد أو لم يأذن ، لأن ذلك يستتبع العتق والعتق يستتبع الولاء والمكاتب ليس اهلا له .

ومحل القولين : هو ما اذا أدى العبد الى المكاتب قبل عتقه والا فالولاء لمن كاتبه قطعا .

انظر : المختصر ص ٣٢٧ . الوجيز جـ٢ ص ٢٩٣ . شرح المحلي جـ٤ ص ٣٧١ .

وذهب ابن حزم الى صحة العتق من العبد ويكون الولاء له ، ومثله الكتابة ، فقد ذهب هو الى أن العبد يملك . انظر المحلى جـ١٠ ص ٢٤٧ وص ٢٤٥ أيضا .

(٣) أى وان أدى المكاتب الأول المال الى السيد لا يتحول ولاء المكاتب الثانى الى المكاتب الأول لأن الولاء لا يتحول .

وان اديا مال الكتابة معا ، فولاؤهما لسيدهما .

انظر : الهداية جـ٨ ص ١١٢ . التبيين جـ٥ ص ١٥٧ . مجمع الأنهر : جـ٢ ص ٤١٠ .

ويكون الولاء لسيد مولاه يقول الحنابلة أيضا :

انظر : شرح المنتهي جـ٢ ص ٦٧١ . كشاف القناع جـ٤ ص ٦٠٩ . وذكر فى المغنى جـ١٠ ص ٣٩٦ رواية اخرى ان ولاءه يكون موقوفا .

وذهب المالكية الى أن الولاء لمكاتب العبد ، مطلقا اذن له السيد بالمكاتبة أم لا .

=

لنا : هو أنه(٤) حرّ عتق عليه عبده(٥)، فكان ولاؤه له كما لو تقدم(٦) عتقه(٧) على عتقه(٨) .

قالوا : ليس(٩) من أهل الولاء عند العتق(١٠)، فأشبه اذا عجز(١١) ورقّ(١٢) .

---

(٤) أى المكاتب . ووصفه بالحرية على اعتبار ما سيكون . أى بعد أداء كتابته .

(٥) وهو الذى كاتبه المكاتب باذن السيد .

(٦) فى الأصل (كما لو تقدم على عتقه) وما أثبتناه من نسخة ((ب)) أوضح .

(٧) أى عتق المكاتب .

(٨) أى على عتق عبد المكاتب .

حيث يكون ولاء عبد المكاتب لمكاتبه .

بجامع ان كلا حرّ عتق عليه عبده ، اما الأصل فما لو تقدم عتق المكاتب على عبد المكاتب ، واما الفرع فهو مالو لم يتقدم عتقه عليه .

ولما كان حكم الاصل كون الولاء لسيد المكاتب ، كان حكم الفرع كذلك فيكون ولاء عبد المكاتب لسيد المكاتب أيضا لذلك .

(٩) أى المكاتب الذى كاتب عبده .

(١٠) أى عتق عبده .

(١١) أى مكاتب العبد .

(١٢) حيث يكون ولاء عبد المكاتب لسيد مكاتبه .

بجامع عدم أهليته للولاء عند عتق عبد المكاتب ، فى كل من الأصل وهو مالو عجز مكاتب العبد أو رق ، والفرع وهو مالو أدى عبد المكاتب المال الى مكاتبه .

ولما كان حكم الاصل كون ولاء عبد المكاتب للسيد اذا عجز المكاتب أورق ، كان حكم الفرع كذلك فيكون ولاء عبد المكاتب للسيد اذا ادى اليه المال أيضا لذلك .

قلنا : وليس من أهل العتق أيضا عند شراء ابيه (١٣) ثم يقف عتقه. (١٤)

قالوا : النسب لا يقف . فكذلك الولاء. (١٥)

قلنا : النسب يجوز أن يقف اذا تداعاه اثنان الى أن يبلغ الغـــلام. (١٦)

فينسب الى (١٧) أحدهما. (١٨)

---

(١٣) فى نسخة ((ب)) : ابنه ./ كلاهما صحيح . أى فاذا اشترى المكاتب من يعتق عليه كاصله وفرعه لم يعتق عليه .

(١٤) أى على عتق المكاتب . انظر شرح المحلي جـ٤ ص ٣٧١.
أى فدل على أن كونه ليس من أهل الولاء قبل العتق لا يمنع من نســـبة الولاء اليه بعد عتقه .

(١٥) أى فلا يقف على عتق المكاتب الأول لشدة الحاجة الى معرفتـــــه ؛ لترتب الارث عليه . بجامع عدم احتماله التأخير فى كل من الأصل وهو النسب والفرع وهو الولاء .
ولما كان حكم الاصل عدم جواز وقف النسب ، كان حكم الفرع كذلك فلا يجوز وقف الولاء أيضا لذلك .

(١٦) سقط لفظ (الغلام) من الأصل .

(١٧) ولعل الأولى : فينتسب ، لأن الغلام هو الذى يختار من يميل اليـــه طبعه هنا .

انظر المنهاج ص ٨٤.

(١٨) أى فكذلك الولاء يجوز أن يقف الى عتق مكاتب العبد فيكون ولاء عبده له أو رقه ، فيكون ولاؤ عنه لسيد مكاتبه .

* مسألة (٣٩٦) : لا يجوز للمكاتب تزويج امته بغير اذن السيد [١] . / ١٩٤ ش .
وقال أبو حنيفة : يجوز . [٢]

---

(١) الوجيز جـ٢ ص٢٩٣ : ولا يزوج .أهـ أى بغير اذن السيد ، والا بان اذن له ففى صحته منه قولان ، ذكر النووى ان اظهرهما الصحة ، قال الجلال المحلي : لأن الحق فيه لا يعدوهما ،
والثانى : نظر الى انه يفوت غرض العتق .أهـ . شرح المحلي : جـ٤ ص ٣٧١ .
وقال فى المنهاج ص ١٦١ : ويستقل - أى المكاتب - بكل تصرف لا تبرع فيه ولا خطر ، والا فلا ،أهـ ومنه تزويج امته ،لما فيه من خطر موتها بالطلق عند الولادة .
وهو قول الحنابلة أيضا :
انظر : شرح المنتهى جـ٢ ص ٦٧٠ . كشاف القناع جـ٤ ص ٦٠٨ . وذكر فى المغنى جـ١٠ ص ٣٩٣ رواية اخرى : أن له تزويجها اذا كان ذلك منه على وجه النظر والمصلحة له .

(٢) الهداية جـ٨ ص ١١٢ . التبيين جـ٥ ص ١٥٧ . مجمع الأنهر جـ٢ ص ٤٠٩ .
واليه ذهب المالكية أيضا ،أى ويستخلف حرا يتولى تزويجها لانه لا يباشر ذلك ،لشائبة الرق فيه . ومحله : اذا زوجها بمهر زائد على قيمتها .
انظر : الشرح الكبير جـ٤ ص ٣٩٦ . الجواهر جـ٢ ص ٣٠٩ .
شرح المنح جـ٤ ص ٦١٤ .
واما ابن حزم فقد اجاز للمكاتب ان يكاتب وان يعتق ، انظر المحلى : جـ١٠ ص ٢٩٧ رقم / ١٦٩٨ فأولى أن يجيز له تزويج الأمة ، لانه بالكتابة أصبح مطلق اليد .

لنا : انه لا حظ له(٣) فيه لأنه(٤) تنقص به القيمة(٥) ، فأشبه تزويج العبد.(٦)

قالوا : اكتساب مال(٧) ، فأشبه البيع.(٨)

قلنا : لو كان اكتسابا لملكه(٩) العامل فى القراض والشريك فى المفاوضة(١٠) ، كالبيع.(١١)

---

(٣) أى المكاتب.

(٤) فى الاصل (لا تنقص) بالنفى ، أى لئلا تنقص ، والأولى ما أثبتناه من نسخة ((ب)) لعدم الحاجة فيه الى التقدير.

(٥) أى قيمة الامة ، لقلة الرغبة فيها حينئذ ، لتعلق حق زوجها واولادها بها ، فيشغلها ذلك عن خدمة السيد.

(٦) حيث لا يجوز للمكاتب تزويجه الا باذن السيد.
بجامع انعدام الحظ للمكاتب فيه ، فى كل من الأصل وهو تزويج العبد والفرع وهو تزويج الامة.
ولما كان حكم الاصل بطلانه بدون اذن السيد ، كان حكم الفرع كذلك فلا يجوز للمكاتب تزويج امته أيضا لذلك.

(٧) لانه يملك به المهر ، ويدفع به عن نفسه نفقتها.

(٨) حيث يجوز له بيع امته وان لم يأذن له به السيد.
بجامع اكتساب المال ، فى كل من الأصل وهو بيع الأمة والفرع وهو تزويجها.
ولما كان حكم الاصل صحته منه ، كان حكم الفرع كذلك فيجوز له تزويجها وان لم يأذن السيد أيضا لذلك.

(٩) أى تزويج الامة.

(١٠) أى عندكم ، حيث اجازها الحنفية ، انظر المجمع جـ١ ص ٧١٧ دون الشافعية . انظر المنهاج ص ٦٣ .

(١١) حيث يملكانه فى القراض والمفاوضة.

* مسألة (٣٩٧) : لا يجوز للمكاتب أن يسافر بغير اذن المولى في أحد القولين[1] . / ١٩٤ ش .

= أى والحال انهما لا يملكان التزويج ، مع كون الكسب مطلوبا لهما في عقدهما .
فدل على بطلان التعليل باكتساب المال في اجازة تزويج المكاتب امته .

(١) وهو الصحيح منهما . انظر الوجيز جـ٢ ص ٢٨٦ . وانظر المهذب : جـ٢ ص ١٣ .
وفي المنهاج ص ١٦١ : ويستقل - المكاتب - بكل تصرف لا تبرع فيه ولا خطر - ومنه السفر - والا فلا ، ويصح باذن سيده في الأظهر . أهـ .
وذهب الحنابلة الى منعه من السفر اذا شرط السيد عليه ذلك ، والا جاز مطلقا .
انظر : شرح المنتهى جـ٢ ص ٦٧٠ . كشاف القناع جـ٤ ص ٦٠٧ وص ٦٠٩
وذكر في المغني جـ١٠ ص ٣٩٠ رواية أخرى ببطلان الشرط فيه .
وهو قول المالكية ، ومحله اذا كان السفر بعيدا ، أو كان قريبا لكن يحل فيه نجم من نجوم الكتابة ، والا بان كان قريبا ولا يحصل فيه نجم فله السفر وان لم يأذن له السيد .
انظر : الشرح الكبير جـ٤ ص ٣٩٧ وحاشية الدسوقي عليه . الجواهر : جـ٢ ص ٣٠٩ .
وذكر في شرح المنح جـ٤ ص ٦٠٠ ان مالكا يمنع السفر بلا اذن ، وان ابن القاسم اجازه ان قرب . وقيد اللخمي ذلك بما اذا لم يحل فيه نجم وكان شأنه السفر .

وقال أبو حنيفة : يجوز.(٢)

لنا : انه مملوك فلا يسافر بالمال من غير اذن المالك ، كالمأذون،(٣) ولانه تصرف لا نظر فيه ، فأشبه الهبة.(٤)

---

(٢) أى وان نهاه عنه سيده ، بل وان شرط عليه عدم السفر فله أن يسافر استحسانا ، لأن هذا الشرط مخالف لمقتضى العقد ، وهو مالكية العبد حق التصرف للكسب .

انظر : الهداية جـ٨ ص ٩٩ ، وص ١٠٩ . التبيين جـ٥ ص ١٥٦ . مجمع الأنهر جـ٢ ص ٤٠٩ .

ولم أقف لابن حزم على قول صريح فى هذه المسألة .

(٣) حيث لا يجوز له السفر مالم يأذن له السيد فيه .

بجامع ان كلا مملوك ، اما الاصل فالمأذون واما الفرع فالمكاتب .

ولما كان حكم الاصل عدم جواز سفره الا باذن المولى ، كان حكم الفرع كذلك فلا يسافر المكاتب الا باذن المولى أيضا لذلك .

(٤) حيث لا تصح من المكاتب بلا اذن فى اظهر القولين كما فى المنهاج : ص ١٦١ .

بجامع ان كلا تصرف لا مصلحة للمكاتب فيه ، اما الاصل فالهبة واما الفرع فالسفر.

ولما كان حكم الاصل عدم جواز الهبة منه بلا اذن ، كان حكم الفرع كذلك فلا يجوز للمكاتب السفر بلا اذن أيضا لذلك .

قالوا : يتصرف لنفسه ، فأشبه الحرّ.(٥)

قلنا : المأذون عندهم يتصرف لنفسه(٦) ثم لا يسافر، والحرّ يملك الهبة وهذا لا يملك.(٧)

* مسألة (٣٩٨) : اذا اسلم عبد لكافر وكاتبه(١) قبل البيع لم يسقط عنه حق الاعتراض(٢) في أحد القولين.(٣) / ١٩٤ ش.

---

(٥) حيث يجوز له السفر مطلقا .
بجامع ان كلا يتصرف لنفسه ، اما الاصل فالحر واما الفرع فالمكاتب ، ولما كان حكم الاصل جواز السفر منه مطلقا متى شاء ، كان حكم الفرع كذلك فيجوز للمكاتب السفر بلا اذن المولى أيضا لذلك .

(٦) لعل الصواب في نفسه ، فانه يملك أن يؤجر نفسه عندهم ، انظر مجمع الأنهر جـ٢ ص ٤٤٧.
واما تصرفه فلسيده لا لنفسه هو بخلاف المكاتب فانه يتصرف لنفسه لانه يروم به العتق .

(٧) أي مع أن كلا منهما يتصرف لنفسه .
فثبت ان بين الاصل والفرع فارقا ، فيبطل به قياسهم المذكور.

(١) في نسخة ((ب)) : فكاتبه . / أي الكافر.

(٢) أي على تملكه عبدا مسلما ، لما فيه - وان كان مكاتبا - من استعلاء الكافر على المؤمن ، فيؤمر بازالة ملكه عنه .

(٣) ذكره المصنف في التنبيه ص ٩٩ ولم يرجح احدهما على الآخر . وفي المهذب جـ٢ ص ٢٠ اقتصر على القول بسقوط حق الاعتراض .
وانظر الأم جـ٤ ص ٢٧٤.

وقال أبو حنيفة : يسـقط (٤) .

لنا : انه لم يزل الملك عنه (٥) ، فأشبه اذا دبّره (٦) ، ولانه عتق على مـال ،

---

(٤) المبسوط جـ٨ ص٥٦ .

وهو قول الحنابلة أيضا :

انظر: المغنى جـ١٠ ص٣٦٨ . وذكر فى المحرر جـ٢ ص ١١ وجها آخـر انه لا يسقط حق المطالبة والاعتراض بمكاتبته له .

وذهب المالكية الى أن كتابته له تصح ، وتباع على السيد لمسلم ، فـان عجز العبد رق لمشتريه ، وان ادى عتق وكان ولاؤه للمسلمين ولا يعـود ولاؤه الى سيده وان اسلم بعد .

انظر: الشرح الكبير جـ٤ ص ٤٠١ . الجواهر جـ٢ ص ٣١٠ . شرح المنح : جـ٤ ص ٦٢٣ .

وذهب ابن حزم الى أن العبد اذا اسلم وكان فى ملك كافر، فانه يصـير حرا ، ولا ولاء عليه لاحد ، لقوله تعالى : (ولن يجعل الله للكافريـن على المؤمنين سبيلا) سورة النساء آية/ ١٤١ . انظر المحلـى : جـ١٠ ص ٢٣٣ .

(٥) أى بالكتابة .

(٦) فى الأصل : (اذا آثره) وهو تحريف . والصواب ما أثبتناه من نسخة ((ب)) : والمراد : فأشبه اذا دبره ، حيث لا يسقط به حق الاعتراض .

بجامع عدم زوال الملك عنه به ، فى كل من الاصل وهو ما اذا دبر الكافر عبده المسلم والفرع وهو ما اذا كاتبه .

ولما كان حكم الاصل عدم سقوط حق الاعتراض به ، كان حكم الفرع كذلـك فلا يسقط الاعتراض بكتابته أيضا لذلك .

فلا يسقط الاعتراض به كما لو قال : ان اديت الفا فانت حرّ. (٧)

قالوا : زال يده عنه فأشبه اذا باعه . (٨)

قلنا : هناك (٩) ازال عنه (١٠) صفار الملك وهاهنا (١١) لم يزل. (١٢)

* مسألة (٣٩٩) : اذا اقر المكاتب بجناية الخطأ لم يلزمه فى الحال (١)
فى أحد القولين (٢) ٠/٩٤ اش.

---

(٧) حيث لا يسقط به الاعتراض عن مالكه الكافر.
بجامع العتق على مال فى كل من الاصل وهو مالو قال له سيده الكافر: ان اديت الى الفا فانت حر ، والفرع وهو مالو كاتبه .
ولما كان حكم الاصل عدم سقوط الاعتراض عنه به ، كان حكم الفرع كذلك فلا يسقط عنه حق الاعتراض بمكاتبته أيضا لذلك .

(٨) حيث يسقط به عنه حق الاعتراض.
بجامع زوال اليد عنه به فى كل من الأصل وهو مالو باعه ، والفرع وهو مالو كاتبه .
ولما كان حكم الاصل سقوط الاعتراض عنه به ، كان حكم الفرع كذلك فيسقط حق الاعتراض عنه بمكاتبته أيضا لذلك .

(٩) أى فيما لو باعه .

(١٠) سقط لفظ (عنه) من الأصل .

(١١) سقط قوله (وهاهنا) من الأصل . / أى فيما لو كاتبه .

(١٢) لبقاء ملكه عليه حتى يؤدى جميع النجوم .
أى وبه فارق الأصل الفرع فى قياسهم ، والقياس مع الفارق باطل .

(١) أى ضمان دية الخطأ . أى بل تتعلق بذمته ، ويتبع بها اذا عتق .

(٢) ومحل تعلقها بذمته،هو ما اذا كذبه السيد ، والا بان صدقه تعلقت الدية برقبته ويباع بها . هذا فى الرقيق ، والمكاتب مثله . انظر القليوبى جـ٣ ص ٣ .

وقال أبو حنيفة : يلزمه في الحال ، فان عجز تأخر الى أن يعتق .(٣)

لنا : هو أنه مملوك ، فأشبه العبد القن (٤) ،

= وذكر في الوجيز جـ١ ص ١٩٥ في قبول اقرار الرقيق بوجوب المال قولين ، ولم يرجح أحدهما على الآخر . وذكر في المهذب جـ٢ ص ١٣ القولين دون ترجيح أيضا .
وذهب المزني الى انه لا يلزمه شئ أصلا . انظر قليوبي وعميرة جـ٣ ص ٣ .
وهو قول الحنابلة أيضا :
انظر: شرح المنتهى جـ٣ ص ٥٧٣ . كتاب الاقرار . كشاف القناع : جـ٦ ص ٤٥٤ . المغني جـ٦ ص ١١١ .
والى عدم لزوم شئ باقراره أصلا ذهب المالكية ، سواء عتق أو عجز ، خلافا لبهرام من المالكية حيث ذهب الى انه ان أقر لمن لا يتهم عليه اتبع بالدية اذا عتق .
انظر: الشرح الكبير جـ٤ ص ٣٩٧ وحاشية الدسوقي عليه . الجواهر : جـ٢ ص ٣٠٩ . شرح المنح جـ٤ ص ٦١٥ .

(٣) وقال الصاحبان : يلزمه في الحال ، فان عجز بقي في ذمته بعد العجز فيباع فيه كسائر الديون .
انظر: المبسوط جـ٧ ص ٢٢٣ . حاشية ابن عابدين جـ٥ ص ٣٥٨ .
وبلزومه له في الحال ، يقول ابن حزم أيضا . انظر المحلى جـ٩ ص ١٢١ .

(٤) حيث لا يلزمه باقراره بجناية الخطأ في الحال شئ بل الى مابعد العتق . بجامع المملوكية في كل من الأصل وهو القن ، والفرع وهو المكاتب . ولما كان حكم الاصل عدم لزوم مال الجناية الخطأ اذا أقربها ، كان حكم الفرع كذلك فلا يلزمه مالها اذا قربها أيضا لذلك .

ولأنه (٥) يخرج الكسب من غير عوض فأشبه الهبة (٦) .

قالوا : مالا يثبت باقرار السيد يثبت باقراره ، كدين المعاملة (٧) .

قلنا : التزويج لا يصح بفعل السيد ولا بفعله (٨) ، ودين المعاملة يملك (٩) ايجابه (١٠) وهذا (١١) لا يملك ولهذا لو عجز (١٢) تأخر دين

---

(٥) أى اقرار المكاتب بجناية الخطأ .

(٦) حيث لا تصح منه اذا لم يأذن له بها سيده .
بجامع خروج الكسب من غير عوض فى كل من الاصل وهو الهبة ، والفرع وهو الاقرار منه بجناية الخطأ .
ولما كان حكم الأصل عدم صحتها منه ، كان حكم الفرع كذلك فلا يلزمه مال الجناية الخطأ اذا اقر بها أيضا لذلك .

(٧) أى القراض والمضاربة ، حيث يلزم العبد المأذون مايقر به من ديون المضاربة . مجمع الأنهر جـ٢ ص ٤٤٧ .
بجامع عدم ثبوته باقرار السيد فى كل من الاصل وهو دين المعاملة ، والفرع وهو الجناية الخطأ من المكاتب .
ولما كان حكم الاصل ثبوت دين المعاملة باقراره ، كان حكم الفرع كذلك فيثبت مال الجناية الخطأ باقراره أيضا لذلك .

(٨) أى المكاتب ، أى فدل على بطلان قولهم : ان مالا يثبت باقرار السيد يثبت باقرار العبد .

(٩) أى المكاتب .

(١٠) فى نسخة ((ب)) : يملك الجناية . / وهو تحريف ، أى واذا ملك ايجابه ملك الاقرار به . انظر المنهاج ص ٤٦ .

(١١) أى دية الخطأ . أى فانه لا يملك ايجابها ، لأن الخطأ يقع من غير اختيار منه . ففارق به دين المعاملة .

(١٢) أى المكاتب . أى عن أداء النجوم .

الجناية (١٣) الى أن يعتق (١٤) ولا يتأخر دين المعاملة. (١٥)

قالوا : في (١٦) يد نفسه ، (١٧) فأشبه الحر. (١٨)

قلنا : الا أنه كالباقي في يد المولى ، (١٩) ولهذا لا يملك اخراج مافي

---

(١٣) أي جناية الخطأ التي اقر بها .

(١٤) لتعلقها بذمته .

(١٥) أي بل تتعلق بكسبه ومافي يده لانه مأذون له بالتجارة. انظر المنهاج : ص ٦٦ .

أي فدل على بطلان قياسهم المذكور، لثبوت الفارق بين الأصل والفرع فيه .

(١٦) في نسخة ((ب)) : قالوا : يد نفسه في نفسه . / بتقديم وتأخير وزيادة لفظ نفسه .

(١٧) أي يملك حق التصرف بنفسه ، بسبب عقد الكتابة .

(١٨) حيث يلزمه ماأقر به من المال في الحال .

بجامع ملكه حق التصرف بنفسه في كل من الاصل وهو الحر والفرع وهو المكاتب .

ولما كان حكم الاصل لزوم ماأقر به من المال في الحال ، كان حكم الفرع كذلك فيلزمه ماأقر به في الحال أيضا لذلك .

(١٩) لانه لا يخرج من يده الا بالحرية ، وهي لا تصير اليه الا بأداء النجوم كاملة .

أي فلا يملك حق التصرف بنفسه من كل وجه .

والدليل على ذلك قوله صلى الله عليه وسلم (المكاتب عبد مابقي عليه من مكاتبته درهم.) رواه أبو داود وسكت عنه. جـ٤ ص ٢٠ كتاب العتق باب في المكاتب يؤدي بعض كتابته .

=

يده من غير عوض بخلاف الحر.(٢٠)

* مسألة (٤٠٠) : يجب القصاص فى قتل(١) عبد المكاتب.(٢) / ١٩٤ ش.
وقال أبو حنيفة : لا يجب.(٣)

= وقد ذكر ابن حجر ان اسناده حسن . انظر بلوغ المرام ص ٢٦٥ . رقم ١٢٢٩/.

(٢٠) فدل على انه لا يملك التصرف بنفسه فى كل حال .
أى فلا يصح قياسه عليه ، للفارق المذكور بينهما .

(١) من اضافة المصدر الى مفعوله .

(٢) وصورة ذلك: أن يكون للمكاتب عبيد ، فيقتل بعضهم بعضا ، فهل يجب القصاص على القاتل منهم ، لكونه قاتلا ، أو لا يجب ، لتفويت ماليته على سيده . عند الشافعية: يجب .
انظر: المختصر ص ٣٣٠ . الأم جـ٨ ص ٦٩ . قال فى المهذب : جـ٢ ص ١١ : وذكر الربيع قولا آخر انه لا يقتص من غير اذن المولى .أهـ
ويشبه أن يكون هذا قول المالكية أيضا :
انظر: الشرح الكبير جـ٤ ص ٣٩٦ . الجواهر جـ٢ ص ٣٠٩ . شرح المنح جـ٤ ص ٤١٤ .

(٣) المبسوط جـ٧ ص ٢٢٤ .
وهو قول الحنابلة أيضا :
انظر: شرح المنتهى جـ٢ ص ٢٧٠ . كشاف القناع جـ٤ ص ٦٠٨ وذكر فى المغنى جـ١٠ ص ٤٢٤ رواية اخرى: ان له القصاص .
ولم أقف على قول ابن حزم فى هذه المسألة .

لنا : هو انه ماوجب فى قتل عبد الحر وجب فى قتل عبد المكاتب كالقيمة(٤)،
ولأن عبده كعبد غيره(٥) فى الحاجة الى ايجاب القصاص(٦)، فكان كهو(٧) فى وجوبه(٨) .
قالوا : ملكه متردد بين السيد وبين(٩) المكاتب ، فصار كما لو

---

(٤) حيث تجب فى قتل عبد المكاتب . ومحله اذا لم تكن مكافأة بينه وبين قاتله .
بجامع الوجوب فى قتل عبد الحر ، فى كل من الاصل وهو القيمة والفرع وهو القصاص .
ولما كان حكم الأصل وجوبها فى قتل عبد المكاتب ، كان حكم الفرع كذلك فيجب القصاص فى قتل عبد المكاتب اذا كان قاتله كفؤا له أيضا لذلك .

(٥) فى الأصل (لعبد) باللام ، وهو تحريف .

(٦) اذ لو لا وجوبه عليهم لا نفتح باب التقاتل بينهم .

(٧) أى كقتل عبد غير المكاتب ، وهو الحر .

(٨) أى على القاتل ، تحقيقا لحكمة الاحياء ، بايجاب القصاص على عبيد المكاتب .
بجامع شدة الحاجة اليه ، فى كل من الأصل وهو قتل غير المكاتب والفرع وهو قتل عبد المكاتب .
ولما كان حكم الاصل وجوب القصاص فى قتل عبد غير المكاتب وهو الحر ، كان حكم الفرع كذلك فيجب القصاص فى قتل عبد المكاتب أيضا لذلك .

(٩) سقط لفظ (بين) من نسخة ((ب)) . / وانما كان ملكه مترددا بين السيد والمكاتب ، لانه لا يدرى هل يؤدى المكاتب ما عليه فيصير العبد ملكه أو يعجز فيصير مع عبده ملكا للسيد .

قال : (١٠) قتلت ، عبد أحد هذين الرجلين . (١١)

قلنا : في المآل (١٢) هو للمكاتب (١٣) ، ولهذا تدفع اليه القيمة (١٤) ، ولأن الحق لا يخرج منهما (١٥) ، فاذا اتفقا (١٦) وجب أن يقتص (١٧) ،

---

(١٠) في الأصل (كما لو قال : قتلت ، فثبت عند أحد هذين الرجلين) .
والصحيح ماأثبتناه من نسخة ((ب)) .

(١١) حيث لا يجب عليه به القصاص ، لانه اقر لغير معين . انظر مجمع الأنهر : جـ٢ ص ٢٨٩ .
بجامع تردد الحق بين طرفين في كل من الأصل وهو مالو قال : قتلت عبد أحد هذين الرجلين ، والفرع وهو قتل عبد المكاتب .
ولما كان حكم الاصل عدم وجوب القصاص فيه ، كان حكم الفرع كذلك فلا يجب القصاص في قتل عبد المكاتب أيضا لذلك .

(١٢) أي بالنظر الى ما يصير اليه حال المكاتب ،
وذلك فيما اذا ادى المكاتب ماعليه وعتق حيث يستمر ملكه لعبده .

(١٣) أي عبد المكاتب .

(١٤) أي قيمة عبده .

(١٥) أي من المكاتب وسيده ، اما تعلقه بالمكاتب فلأنه المالك القريب للعبد ، واما تعلقه بالسيد فلانه مالكه البعيد ، فان المكاتب قد يعجز فيؤول ملك عبيده الى سيده .

(١٦) سقط لفظ (اتفقا) من الأصل . / فاذا اتفق المكاتب وسيده على القصاص من قاتل عبد المكاتب ، وجب أن يقتص من قاتله ، لأن الحق في العبد القاتل متعلق بهما فاذا اسقطاه زال المانع من وجوب قتله .

(١٧) في الأصل (ان يقبض) وهو تصحيف . / أي فوجب ان يقتص من قاتل عبد المكاتب .

والأصل (١٨) غير مسلم ، فانهما (١٩) اذا اتفقا (٢٠) وجب القصاص. (٢١)

---

(١٨) وهو المقيس عليه في قياسهم المذكور.

(١٩) أي الرجلين ، المذكورين في قياسهم .

(٢٠) أي على طلب القصاص .

(٢١) أي على العبد الذي أقر بأنه قتل عبد أحد الرجلين ، وذلك لـــزوال الشك عن اقراره .

" مسائل أمهات الأولاد (*) "

* مسألة (٤٠١) : اذا استولد امة بالنكاح (١) ثم ملكها لم تصر أم ولد (٢) له ٠/١٩٥ى.

(*) الامهات جمع أم ، وقيل: أصل الأم امهة ، فجمعت بمراعاة الاصل على أمهات واجيب : بأن الهاء في الامهات زائدة وان الاصل : امّات ، وهذه الدعوى اسهل من دعوى الحذف كما قال ابن جنى .

والظاهر ان في أم اربع لغات : أم بفتح الهمزة وكسرها ، وامة وامهة ، فتكون الامهات والامات لغتان ، ليست احداهما أصلا للاخرى . فلا حاجة الى دعوى حذف ولا زيادة .

وقيل في الفرق بين امهات وامات : ان الأولى تستعمل في الناس ، والثانية في البهائم . وقيل: لا فرق بينهما الا أن استعمال امهات في الناس اكثر من استعمال امات فيهم . انظر المصباح جـ١ ص ٢٧ التي تليها .

فاذا احبل السيد امته فولدت ولدا حيا أو ميتا أو ما تجب فيه غرة بأن القته مضغة ظهر فيها صورة آدمي ، فانها تصبح أم ولد له ، تعتق بموته من رأس المال .

والاصل في ذلك ماروا ه ابن ماجه جـ٢ ص ٨٤١ كتاب العتق ، باب امهات الأولاد رقم/ ٢٥١٥ عن ابن عباس مرفوعا : ايما رجل ولدت امته منه ، فهي معتقة عن دبر منه .

قال في الزوائد : في اسناده الحسين بن عبد الله بن عبيد الله بن عباس ، تركه ابن المديني وغيره ، وضعفه أبو حاتم وغيره ، وقال البخاري : انه كان يتهم بالزندقة . أهـ .

ورواه الدارقطني أيضا ، من طريق حسين بن عبد الله . جـ٤ ص١٣٠ كتاب المكاتب . رقم/١٧ .

....

= قال في التلخيص جـ٤ ص ٢١٧ رقم/ ٢١٥٨ : وفي اسناده الحسين بن عبد الله الهاشمي ، وهو ضعيف جدا .

وفي رواية للدارقطني رقم/ ١٩ ص ١٣١ عن ابن عباس مرفوعا : أم الولد حرة وان كان - أي ولدها - سقطا . أهـ

قال ابن حجر : اسناده ضعيف . أهـ التلخيص جـ٤ ص ٢١٧ رقم/ ٢١٥٨ .

(١) أي الصحيح ، الذي لم يقع فيه غرور بحرية الامة ، والا بان غرّبها فنكحها على انها حرة وأولدها ، فالولد حر . انظر مغني المحتاج جـ٤ ص ٥٤٠ .

(٢) سقط لفظ (له) من نسخة ((ب)) .

انظر المسألة في : الوجيز جـ٢ ص ٢٩٥ . المنهاج ص ١٦٢ ومغني المحتاج جـ٤ ص ٥٤٠ . المختصر ص ٣٣٢ .

وهو قول الحنابلة أيضا :

انظر : شرح المنتهى جـ٢ ص ٦٨٣ . كشاف القناع جـ٤ ص ٦٣١ . وذكر في المغني جـ١٠ ص ٤٧٢ والتي تليها رواية اخرى انها تصير به أم ولد .

وقال أبو حنيفة : تصـــير.[٣]

لنا : ماروى ابن عباس[٤] أن النبى صلى الله عليه وسلم قال (ومن ولــدت منه امته فهى حرة من بعد موته)[٥] فعلق العتق بكونها امة له عند الولادة ولانهـــا علقت[٦] بمملوك فأشبه اذا زنا[٧] بها ثم اشتراهـــا[٨] ،

---

(٣) الهداية جـ٤ ص ٣٣٦ . التبيين جـ٣ ص ١٠٤ . مجمع الأنهر جـ١ ص ٥٣٦ .
واليه ذهب المالكية فى المشهور خلافا لاشهب .
انظر: الشرح الكبير جـ٤ ص ٤٠٩ وحاشية الدسوقى عليه . الجواهـــر: جـ٢ ص ٣١٣ . شرح المنح جـ٤ ص ٦٣٠ والتى تليها .
وبه يقول ابن حزم أيضا ، انظر المحلى جـ١٠ ص ٢٥٥ .

(٤) انظر ترجمته فى المسألة رقم (٥٨) هامش (٥٣) .

(٥) رواه الدارقطنى وابن ماجه ، كما سبق تخريجه قريبا فى مدخل مســـائل امهات الأولاد
ورواه أيضا البيهقى جـ١٠ ص ٣٤٦ كتاب عتق امهات الأولاد ، بـــاب الرجل يطأ امته بالملك فتلد له . من طريق حسين بن عبدالله أيضـــا ، قال فيه البيهقى : ضعفه أكثر أصحاب الحديث .أهـ
ولفظه : عن ابن عباس قال قال النبى صلى الله عليه وسلم : ايما رجـــل ولدت منه امته فهى معتقة عن دبر منه .أهـ.
وجه الدلالة : ذكرها المصنف.

(٦) بفتح العين المهملة فلام مكسورة ، أى حبلت ، تقول : علقت المرأة بالولد تعلق ، من باب تعب ، اذا حملت به . والمصدر : علوقا .
انظر المصباح جـ٢ ص ٧٦ .

(٧) فى نسخة ((ب)) : اذا زنى ./ بألف مقصورة .

(٨) حيث لا تصير به أم ولد له لخلوها عن ملكه وقت العلوق .
بجامع العلوق بمملوك فى كل من الاصل وهو مالو زنى بامة ثم اشتراهـــا والفرع وهو مالواستولدها بنكاح ثم اشتراها .

ولانهـا (٩) حالة بعد الاستيلاد فلا تنعقد فيها حرمة، (١٠) كما قبل الشراء (١١) ولانه لو ثبت لها حرمة الاستيلاد بملكها (١٢) لثبت في الحال، (١٣) كما قلنا فـي جارية الابن والجارية المشتركة (١٤) ولانه لو ثبت لها حرمة الاستيلاد اذا ملكها

= ولما كان حكم الاصل عدم صيرورتها به أم ولد له ، كان حكم الفـرع كذلك فلا تصير به أم ولد له أيضا لذلك .

(٩) أى حالة التملك بعد الاستيلاد .

(١٠) فى نسخة ((ب)) : حرية . / والمراد بالحرمة: حرمة البيـع ، أى بيع أم الولد .

لأن الولد لم ينعقد حرا حتى يحصنها ، لانه ملك لسيدها .

(١١) حيث لا تكون بالاستيلاد قبل الشراء أم ولد لانها ليست فى ملكه قبله . بجامع ان كلا حالة بعد الاستيلاد اما الاصل فالايلاد بلا شـراء ، واما الفرع فالشراء بعد الايلاد .

ولما كان حكم الاصل عدم صيرورتها أم ولد به ، كان حكم الفرع كذلـك فـلا تصير أم ولد بالشراء بعد استيلادها بنكاح أيضا لذلك .

(١٢) فى نسخة ((ب)) : اذا ملكها . / أى بالشراء بعد الاستيلاد .

(١٣) أى لثبت لها حرمة الاستيلاد فى حال الوطئ والعلوق ، أى والحـال انه لا يثبت ذلك لأن العلوق سابق للملك .

(١٤) من انهما تصيران أم ولد باستيلاد الأب أو الشريك للحال . انظـر مغنى المحتاج جـ٤ ص ٥٣٩ و ص٥٤٤ .

لاستند[١٥] ذلك الى حال الاحبال،[١٦] حتى لا يجوز بيع ما أتت به من الأولاد بعد الاستيلاد.[١٧]

قالوا : ملكها[١٨] وله منها ولد ثابت النسب،[١٩] فأشبه اذا وطئها في ملكه.[٢٠]

---

(١٥) في نسخة ((ب)) : لا يستند ./ وهو تحريف .

(١٦) أى والحال انه لا يستند اليه لانها حال الاحبال لم تكن ملكا له بل ملكا للسيد .

(١٧) أى والحال انه يجوز بيعه لانعقاده قبل تلك الأم بالشراء ، ولو انعقد بعد الشراء لما جاز بيعه اذن لأن الولد يتبع الأم في الرق والحرية ، فكذا يتبعها في سببها اللازم لها . ولما كانت أم الولد لا يجوز بيعها كان ولدها بمنزلتها ، فلا يباع أيضا .
انظر مغنى المحتاج جـ٤ ص٥٤٣ .

(١٨) أى بالشراء بعد الاحبال .

(١٩) لأن فرض المسألة انه اشتراها بعد نكاح صحيح كان فيه بينهما ولد .

(٢٠) حيث تصبح به أم ولد له قطعا .
بجامع ثبوت النسب به ، في كل من الاصل وهو مالو وطئها في ملكه والفرع وهو مالو وطئها في نكاح ثم اشتراها .
ولما كان حكم الاصل صيرورتها به أم ولد له . كان حكم الفرع كذلك فتصير بالشراء بعد الاستيلاد بنكاح صحيح أم ولد له أيضا لذلك .

قلنا : المعنى هناك[(٢١)] ان الولد انعقد حرّاً ،[(٢٢)] فاستدعى حرية الأم وها هنا[(٢٣)] انعقد مملوكا[(٢٤)] فلم يستدع حرية الأم .[(٢٥)]

قالوا : لما عتق[(٢٦)] الولد بالملك[(٢٧)] ، ثبتت[(٢٨)] الحرية للام .

قلنا : ولد الزنا[(٢٩)] يعتق عندكم بالملك ،[(٣٠)] ولا تثبت الحرية للام ،[(٣١)] ولأن

---

(٢١) أى فى حال وطئها وهى مملوكة له .

(٢٢) لانها علقت به من سيدها .

(٢٣) أى فيما اذا اشتراها بعد استيلادها بنكاح .

(٢٤) لعلوقها به من غير سيدها بعقد نكاح .

(٢٥) أى وبثبوت هذا الفرق بين الاصل والفرع يبطل قياسهم المذكور .

(٢٦) فى نسخة ((ب)) : لما أعتق . / ومافى الاصل هو الصحيح لأن العتق فى الولد يقع بانعقاده حملا ، لا باعتاق السيد له .

(٢٧) أى فيما اذا اشتراها وهى حامل .

(٢٨) فى نسخة ((ب)) : تثبت . / وهو تصحيف .

(٢٩) فى نسخة ((ب)) : الزنى . / بالألف المقصورة .

(٣٠) أى فيما اذا زنى بامة فعلقت به ، ثم اشتراها .

(٣١) لانه لا نسب فى الزنى للولد الى الزانى ، ولكنه يعتق على الزانى اذا ملكه لانه جزؤه حقيقة بغير واسطة .
وعدم صيرورتها بالزنى أم ولد ، انما هو على جهة الاستحسان ، والقياس ان تصير به أم ولد لانه ولد الزاني حقيقة حتى لو ملكه يعتق عليه .
وبالقياس المذكور يقول زفر .
انظر الهداية جـ٤ ص ٣٣٧ وفتح القدير عليه .

عتق الولد بالبعضية (٣٢) ولهذا يعتق (٣٣) بملك الجد (٣٤) ولا تثبت حرمة (٣٥) الأم بذلك (٣٦) .

* مسألة (٤٠٢) : اذا استولد جارية ابنه لم تصر أم ولد له فى أحد القولين . (١) / ١٩٥ ى .
وقال أبو حنيفة : تصير . (٢)

---

(٣٢) أى بسبب كونه بعض الأب .

(٣٣) أى الولد .

(٣٤) أى فيما اذا اشتراها جده ، لان الجد أب أبعد أى أعلى .

(٣٥) فى نسخة ((ب)) : حرية الأم . / أى أم الولد .

(٣٦) أى بملك الجد الابن ، أى بل بموت سيدها ، فلا يصح قياس عتق أم الولد بالملك على عتق الولد به ، لأن الولد بعض الأب ، ولا كذلك امه .

(١) اظهرهما : أنها تصير أم ولد للاب ، وعليه قيمتها للابن ، ولا حد عليه للشبهة .
ومحله : مالم تكن مستولدة للابن ، والا بان كانت مستولدة للابن فلا تصير مستولدة للأب قطعا .
انظر المنهاج ص ١٠١ كتاب النكاح . الوجيز جـ٢ ص ٢١ .
واليه ذهب ابن حزم . انظر المحلى جـ١١ ص ٤٤٧ . كتاب النكاح .

(٢) أى سواء وطئها الابن أو لم يطأها . لأن حرمة الوطء لا تمنع ثبوت النسب ، كوطئ الحائض . أى وينتقل ملكها الى الأب .
ومحله : هو ما اذا لم يكن الأب عبدا أو مكاتبا أو كافرا أو مجنونا .
انظر : الهداية جـ٣ ص ٢٧٨ وجـ٤ ص ٣٣٨ وفتح القدير عليه . التبيين =

لنا : انه لا يملك منها (٣) شيئا فأشبه جارية الأجنبي . (٤)

= جـ ٢ ص ١٦٩ كتاب النكاح باب نكاح الرقيق و جـ٣ ص ١٠٤ . مجمع الأنهر جـ١ ص ٣٦٧ .

وهو قول الحنابلة أيضا ، ومحله : مالم يطأها الابن ، والا بأن وطئها فانها لا تصير أم ولد للأب بالاستيلاد ، لانها تحرم عليه أبدا بوطئ ابنه لها فلا تحل له بحال . ولا تصير ملكا للأب بالوطئ حينئذ .

انظر : شرح المنتهى جـ٢ ص ٦٨٢ . كشاف القناع جـ٤ ص ٦٣٠ . المغنى جـ١٠ ص ٤٧٥ .

وبصيرورتها أم ولد له يقول المالكية أيضا وتلزمه قيمتها لابنه ولا حد عليه للشبهة .

انظر : الشرح الكبير جـ٤ ص ٤٠٩ . الجواهر جـ٢ ص ٣١٣ . شرح المنح جـ٤ ص ٦٣١ .

(٣) فى نسخة ((ب)) : شيئا منها .

(٤) حيث لا تصير أم ولد للأب لو وطئها بزنى .

بجامع عدم ملك شئ منها ، في كل من الأصل وهو جارية الأجنبي والفرع وهو جارية الابن .

ولما كان حكم الاصل عدم صيرورتها به أم ولد له ، كان حكم الفرع كذلك فلا تصير جارية الابن أم ولد للأب اذا وطئها أيضا لذلك .

قالوا : لا يحد بوطئها (٥) ويلحقه نسب الولد منها ،فأشبه جاريته (٦).

قلنا : يبطل بمن اشترى جارية واحبلها ثم استحقت (٧).

---

(٥) لمكان الشبهة فيه ، وهى ان مايملكه الابن ملك للأب . لأن الابن ثمرة من ثماره .

والدليل عليه،مارواه ابن ماجه جـ٢ ص ٧٦٩ كتاب التجارات ، باب ماللرجل من مال ولده ، رقم/ ٢٢٩١ عن جابر بن عبد الله أن رجلا قال يارسول الله انلى مالا وولدا ، وان أبى يريد أن يجتاح مالى ، فقال : انت ومالك لأبيك .

قال فىالزوائد : اسناده صحيح ،ورجاله ثقات على شرط البخارى . أهـ

وصححه ابن حزم أيضا ،الا أنه قال فيه : انه منسوخ بالمواريث .

انظر المحلى جـ١١ ص٤٤٨ .

(٦) أى جارية الأب .

حيث تصير بوطئ الأب لها أم ولد له .

بجامع عدم وجوب الحد بوطئها ولحاق النسب به ،فى كل من الأصل وهو جارية الأب ، والفرع وهو جارية الابن .

ولما كان حكم الاصل صيرورتها أم ولد بوطئ الأب لها ، كان حكم الفرع كذلك فتصير جارية الابن أم ولد للأب بوطئه لها أيضا لذلك .

(٧) أى ثم بان أن لغير البائع فيها حقا .

حيث لا يحد بوطئها ويلحقه نسب ولده منها ، ثم لا تصير بذلك أم ولد له .

* مسألة (٤٠٣) : اذا وطئ جارية ابنه لزم المهر.[(١)] / ١٩٥ ى.

وقال أبو حنيفة : ان حبلت لم يلزمه .[(٢)]

---

(١) فى نسخة ((ب)) : لزمه الام. / وهو تحريف.

أى وتلزمه القيمة أيضا ، ومحله : اذا احبلها . والا بان لم تحبل فالمهر فقط ولا حد للشبهة .

انظر: المختصر ص ١٦٧ كتاب النكاح . الوجيز جـ٢ ص ٢١. المنهاج : ص ١٠١ .

ومقتضى قول ابن حزم : امة الابن ليست امة لابيه . أهـ أن يجب على الأب المهر بوطئها ولا تصير أم ولد له . أى فلا تلزمه قيمتها . انظر المحلى جـ١١ ص٤٤٧.

(٢) أى وتجب عليه قيمتها .

وقال زفر : عليه المهر مطلقا حبلت منه أم لم تحبل . كقول الشافعى .

انظر: الهداية جـ٣ ص ٢٧٨ والتى تليها . التبيين جـ٣ ص ١٠٤ . مجمع الانهر جـ١ ص ٥٣٨.

وذهب الحنابلة الى أنه: لا يلزمه المهر ولا القيمة ،لكن يعزر ، وفى وجه: انه لا يعزر ،لكنه ضعيف .

انظر: المغنى جـ١٠ ص ٤٧٤ . وذكر فى المحرر جـ٢ ص ١٢ ان فى لزوم المهر على الأب ان لم تحبل منه جارية الابن وجهين . والا بان حبلت منه فانها تصير أم ولد ويضمن قيمتها فقط ، وعنه:يضمن قيمتها ومهرها فقط.وعنه : يضمن ولدها بقيمته معها أيضا .

وذهب المالكية الى انها تصير أم ولده ويلزمه قيمتها فقط دون قيمة ولدها ، سواء كان الأب موسرا أو غير موسر.

انظر: الشرح الكبير جـ٤ ص ٤٠٩ . الجواهر جـ٢ ص٣١٣ . شرح المنح : جـ٤ ص ٦٣١ .

لنا : انه وطء[٣] يوجب المهر اذا لم تحبل به ، فأوجب مع الاحبال ، كوطء الشبهة فى جارية الأجنبى[٤] ، ولأن كل وطئ ضمن بالمهر اذا انفرد[٥] ضمن به[٦] مع ضمان الرقبة ، كما لو وطئها وقتلها[٧] ، ولانه لو منع القيمة المهر لمنع نصف القيمة نصف[٨] المهر فى الجارية المشتركة[٩] .

---

(٣) فى الأصل ونسخة ((ب)) : وطئ . / والصواب أن تكون الهمزة على سطر لأن ماقبلها ساكن .

(٤) حيث يجب عليه به المهر وان احبلها .
بجامع ان كلا وطء يوجب المهر مع عدم الاحبال ، اما الاصل فهو وطء الشبهة فى جارية الأجنبى ، واما الفرع فهو وطء الأب جارية الابن .
ولما كان حكم الاصل لزوم المهر به وان لم تحبل ، كان حكم الفرع كذلك فيلزم الأب مهر جارية الابن وان لم تحبل به أيضا لذلك .

(٥) بأن لم يحصل به الحبل .

(٦) أى بالمهر .

(٧) حيث يجب عليه به المهر والقيمة . لأن الحر لا يقتل بالعبد .
بجامع وجوب الضمان بالمهر اذا انفرد ، فى كل من الاصل وهو مالو وطئ أمة الغير ثم قتلها ، والفرع وهو مالو وطئها ثم حبلت منه .
ولما كان حكم الاصل وجوب المهر والقيمة عليه به لوجوب المهر عليه اذا انفرد عن القتل ، كان حكم الفرع كذلك فيجب على الأب المهر والقيمة به لوجوب المهر عليه اذا انفرد وطؤه عن الاحبال أيضا لذلك .

(٨) سقط قوله (نصف المهر) من نسخة ((ب)) . والصواب اثباته .

(٩) أى لكنه يجب على الشريك بوطئها نصف المهر ، فلا يمنع ايجاب نصف القيمة على الواطئ ايجاب نصف المهر عليه ، فوجب ان لا يمنع ايجاب القيمة على الأب بوطئه جارية الابن ، ايجاب المهر عليه به أيضا .

قالوا : فعل أفضى (١٠) الى بدل النفس (١١) فلم يفرد (١٢) بالضمان كقطع الطرف اذا سرى الى النفس. (١٣)

قلنا : الذى يفضى الى بدل النفس هو العلوق (١٤) وذلك (١٥) يحصل بالانزال وهو فعل منفرد عن الوطئ (١٦) ، وينفك الوطؤ عنه (١٧) ،

---

(١٠) أى الوطء .

(١١) وهو القيمة ، وانما افضى الوطء الى القيمة ، لأن الأب قد فوت الجارية على الابن بوطئه لها اذ لا تحل له بعد .

(١٢) أى فلم يفرد الوطء بالضمان ، أى بايجاب المهر به . أى بل يندرج فى ضمان قيمة الجارية المذكورة .

(١٣) حيث يجب على القاطع ضمان النفس فقط دون الطرف لدخوله فيها بالسراية .

بجامع ان كلا فعل افضى الى بدل النفس ، اما الاصل فما لو قطع طرف شخص فسرى القطع الى نفسه ، واما الفرع فما لو وطئ جارية الابن فحملت منه .

ولما كان حكم الاصل وجوب ضمان النفس دون اليد فيه ، كان حكم الفرع كذلك فيجب على الأب ضمان جارية الابن بالقيمة دون المهر أيضا لذلك .

(١٤) أى الحبل . من قولهم علقت المرأة بالولد وكذا كل انثى ، من باب تعب ، والمصدر منه : العلوق .

انظر المصباح جـ٢ ص ٧٦ .

(١٥) فى نسخة ((ب)) : وذا .

(١٦) لانه قد يحصل الانزال من غير وطء ، كأن يكون باحتلام أو استمناء أو بتفكير ونحو ذلك .

(١٧) فقد يطأ ولا يحصل الانزال ، فلا تلازم اذن بين الوطئ والانزال .

بترك[١٨] الا نزال ، بخلاف الجناية فانها فعل واحد والسراية ليست منـــه[١٩]، ولهـذا لا يمكنه أن يقطع[٢٠] ويترك السراية ،[٢١] ثم يبطل بالوارث اذا وطئ جارية من التركة واحبلها ، وعليها[٢٢] دين يستغرق ، فانه يجب عليه المهر والقيمة ،[٢٣] والطرف[٢٤] جزء من النفس ، ولهذا يتقدر بدله بها ،[٢٥] ولا يزيد عليه ،[٢٦] والوطء ليس بجزء من النفس ، ولهذا لا يتقدر بجزء من النفس ويجوز

---

(١٨) فى الاصل : ويفعل الوطئ ويترك الا نزال .

(١٩) أى الجانى . وانما هى أثر الآم الجناية .

(٢٠) أى يد المجنى عليه مثلا .

(٢١) لانها قد تنشأ عن القطع فلا يمكنه منعها بالمداواة لأن الشفاء به غير مضمون .

(٢٢) أى التركة .

(٢٣) أى فلم يسقط عنه المهر مع وجود الحبل .

(٢٤) وهو المقيس عليه فى قياسهم .

(٢٥) فما كان فى الجسد منه شئ واحد ، كان فيه دية النفس كاملة ، وما فيه منه شيئان ، ففى الواحد منهما نصف دية النفس كالعينين واليدين والرجلين ، ويقاس مالم يذكر على ماذكرناه .
انظر المنهاج ص ١٢٦ والتى تليها .

(٢٦) أى لا يزيد بدل الطرف على بدل النفس . ومحله اذا سرى الى النفس، والا بان اندمل كأن قطع يدى شخص ورجليه ، استحق على الجانى ديتين لو كان المجنى عليه حرا . وقيمتين لو كان رقيقا فى أظهر القولين ، والثانى يقول : يجب ما نقص من قيمته فقط . انظر شرح المحلى جـ٤ ص ١٤٥ .
ويحتمل كلام المصنف انه أراد بالطرف غير مقدر الارش، كالفخذ والظهر، فان المجنى عليه يستحق فيه الحكومة مالم تبلغ دية النفس وان جاز ان تبلغ دية الطرف المقدر وتزيد عليه . انظر شرح المحلى جـ٤ ص ١٤٤ .

أن يزيد على بدلها (٢٧) فهو كأجرة العبد (٢٨) وقيمته ولانه لو قطع طرف العبد المشترك دخل ضمانه (٢٩) فى نصف القيمة (٣٠)، ولو وطئ الجارية المشتركة (٣١)، لم يدخل المهر فى القيمة (٣٢)، ولأن ضمان الطرف والنفس جميعا ضمان اتلاف

---

(٢٧) فتستحق مهر المثل بالوطئ ، وان زاد على ديتها .

(٢٨) فى الأصل ونسخة ((ب)) : كأجرة العين ./ وهو تحريف ، والصواب ما أثبتناه .

والمقصود : قياس الوطء على اجرة العبد فى عدم تقديرها بقيمته ، بل يستحق اجرة المثل وان زادت على قيمته .

بجامع عدم الجزئية من النفس ، فى كل من الاصل وهو اجرة العبد والفرع وهو الوطء .

ولما كان حكم الاصل جواز زيادة الاجرة فيه على قيمة العبد ، كان حكم الفرع كذلك فيجوز أن يزيد المهر بالوطئ على الدية أيضا لذلك .

والمراد: اثبات ان بين الاصل وهو قطع الطرف والفرع وهو الوطء فارقا فيبطل به قياسهم المذكور.

(٢٩) أى الطرف .

(٣٠) أى من العبد المشترك ، فيكون على القاطع ربعها ويسقط الربع الآخر بسبب الشركة فى العبد بينهما .

(٣١) أى فاحبلها . ولابد من هذا التقدير حتى يصح أن يقال انه فوتها على شريكه .

(٣٢) أى فلا يجب عليه نصف المهر بسبب اشتراكهما ، بل يلزمه مهر المثل كاملا .

فتداخل[٣٣]، وضمان الوطئ ضمان انتفاع ، وضمان القيمة[٣٤] ضمان اتـــلاف ، ولهذا[٣٥] تنتظر السراية فى تضمين الجناية[٣٦] ولا ينتظر الحبل فى تضمين المهر.[٣٧]

---

(٣٣) أى فى حال الجناية على الطرف ثم على النفس ، كما لو قطع يده ثم قتله ، قتل به من غير قطع يده ان كانت الجناية عمدا ، والا بان كانت خطـــأ فله دية النفس فقط دون اليد . على أحد القولين . انظرا شرح المحلي جـ٤ ص ١٣٨ والتى تليها .
ومحل ذلك : ماذا قتله قبل اندمال القطع ، والا فهما جنايتـــان منفصلتان ، فعليه لكل منهما ماتستوجبه .

(٣٤) أى قيمة جارية الابن التى وطئها الأب .

(٣٥) فى الأصل (لا تنتظر) وهو خطأ ، والصواب ماأثبتناه من نسخة ((ب)) .

(٣٦) لنهى النبى صلى الله عليه وسلم عن أن يستقيد المرء من جرح حتى يبرأ . روى الدارقطنى جـ٣ ص ٨٨ كتاب الحدود والديات ، رقم/ ٢٤ عن طريق عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده : ان رجلا طعن رجلا بقرن فى ركبتـــه ، فجاء الى النبى صلى الله عليه وسلم فقال : يارسول الله اقدنى ، قـــال : حتى تبرأ .
ثم جاء اليه فقال : اقدنى ، فأقاده ، ثم جاء اليه ، فقال : يارسول اللـــه عرجت ، قال : قد نهيتك فعصيتنى ، فأبعدك الله وبطل عرجك ، ثـــم نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يقتص من جرح حتى يبرأ . أهـ.
ورواه الدارقطنى أيضا من طريق عطاء عن أبى الزبير عن جابر . رقم/ ٢٥ الا أن الطريق الثانية معلولة بالارسال ، قاله الدارقطنى فى ص ٨٩ رقم/ ٢٧ وفى الأولى خلاف فى الاحتجاج بعمرو بن شعيب عن أبيه عن جـــده ، انظر الخلاف فى ذلك فى المسألة رقم (٢٣٩) هامش رقم (٢٩) .

(٣٧) لأنه يلزم بمجرد الوطئ وسواء فى ذلك انزل أو لم ينزل ، حصل به حمل أو لم يحصل . أى وبهذه الفوارق بين الوطئ والجناية على الطرف يبطل قياسهم المذكور.

قالوا : الوطؤ فى ملكه [٣٨] ، فلا يجب به المهر ، والدليل عليه [٣٩] ان الملك يحتاج اليه لثبوت النسب بالاستيلاد ، وذلك يكون بالوطئ فتقدمه [٤٠] الملك . كما لو قال : اعتق عبدك عنى ، على ألف [٤١] .

قلنا : لا نسلم ان الوطء فى ملكه [٤٢] ، ولا يحتاج الى [٤٣] تقدم الملك ، لأن

---

(٣٨) أى الأب.

(٣٩) أى على أن الوطء حصل فى ملك الأب.

(٤٠) فى نسخة ((ب)) : فتقدم الملك. / أى عليه .
أى فيقدر انتقال جارية الابن الى ملك الاب قبيل الوطء لأن الوطء فى الملك شرط لصحة الاستيلاد فقدر به لذلك . انظر الهداية جـ٣ ص ٢٧٩ وفتح القدير عليه .
واما الشافعية فيقدرون انتقال الجارية الى ملك الأب بعد الوطء وقبيل العلوق ، فأوجبوا لذلك عليه المهر والقيمة ولحاق الولد .

(٤١) حيث يصح ذلك ، ويلزمه الالف ، لانه من البيع الضمنى ، فكأنه قال له : بعنى عبدك بالف ، ثم وكله باعتاقه عنه ، فيقدر انتقال الملك اليه قبل العتق ليصح .
بجامع التصرف فى الملك ، فى كل من الاصل وهو مالو قال لرجل اعتق عبدك عنى بألف ، والفرع وهو مالو وطئ جارية الابن .
ولما كان حكم الاصل صحة العقد بتقدير انتقال الملك اليه قبل العتق ، كان حكم الفرع كذلك فتصير الجارية مستولدة للأب ولا مهر عليه لتقدير انتقال الملك اليه قبيل الوطء أيضا لذلك .

(٤٢) لانه لا يملكها حقيقة ، بل حكما ، لأن ملك الأب غير ملك الأبن ، ولهذا لو مات الأب لا يجوز لورثته أن يرثوا مال ابنه .

(٤٣) أى ثبوت النسب .

شبهة الملك(٤٤) تكفي في النسب وحرمة الاستيلاد ، بخلاف مسألة العتق(٤٥) ، ثم الملك(٤٦) يقع اخر جزء بنقطة(٤٧) العلوق ، والمهر وجب قبله(٤٨) بأول ايلاج(٤٩) .

* مسألة (٤٠٤) : اذا اسلمت أم ولد النصراني لم تعتق.(١) /١٩٥ش.

---

(٤٤) أي في جارية الابن .

(٤٥) يعني قوله : اعتق عبدك عني بألف .أي فانها تحتاج الى تقدم الملك على العتق ، اذ هو شرط فيه .

(٤٦) أي في جارية الابن اذا وطئها الأب.

(٤٧) غير واضحة في الاصل .

(٤٨) أي العلوق .

(٤٩) أي فصح بهأن الوطء حصل في غير ملك فوجب به المهر.
أي فلم يصح قياسهم مسألة الوطء على مسألة العتق للفارق المذكور بينهما .

(١) أي ويحال بينها وبين سيدها لئلا يفضي الى الوطئ المحرم اذ لا تحل له بعد اسلامها ، وتجعل عند امرأة ثقة ،وعليه نفقتها الى أن يسلم فتعود اليه أو يموت فتعتق بموته .
انظر: الأم جـ٤ ص٢٧٦ . المختصر ص ٣٣٢ . مغني المحتاج جـ٤ص٥٤١ .
وهو قول الحنابلة أيضا :
انظر: شرح المنتهى جـ٢ ص ٦٨٤ . كشاف القناع جـ٤ ص ٦٣٥ .
وذكر في المغني جـ١٠ ص ٤٨٠ رواية اخرى عن أحمد: انها تستسعى .
وللمالكية فيها روايتان ، احداهما : ينجز عتقها ولا تباع ويكون ولاؤها لجميع المسلمين مالم يسلم سيدها ، والا بان اسلم بعدها رجع اليه ولاؤها . والثانية : انها تباع عليه ،لأن ايلاد الكافر لا حرمة له. وقد =

وقال أبو حنيفة : تعتق بالاستسعاء.[٢]

لنا : انه عتق على مال ، فلا تجبر عليه أم الولد[٣] ، كما لو لم تسلم[٤] ،

ولانه عتق مستحق[٥] فلا يجوز أخذ العوض عليه[٦] ، كأم ولد المسلم.[٧]

= كان يقول بها مالك ، ثم رجع الى القول بالرواية الأولى .
انظر : حاشية الدسوقي جـ٤ ص ٤٠١ . اسهل المدارك : جـ٣ ص ٢٦٩ .

(٢) خلافا لزفر، حيث قال : تعتق في الحال ، والسعاية دين عليها .
ومحل الخلاف معه:هو ماإذا عرض عليه الاسلام فأبى .
انظر : الهداية جـ٤ ص ٣٣٥ . التبيين جـ٣ ص ١٠٣ . مجمع الأنهر : جـ١ ص ٥٣٦ .
وبوقوع عتقها فورا مالم يسلم سيدها معها في وقت واحد يقول ابن حزم .
انظر المحلى جـ١٠ ص ٢٣٣ .
وقد نص هنا على العبد ، ولكنه يشمل الذكر والانثى كما نص على ذلك في المحلى جـ٩ ص ٤٢٣ كتاب البيوع .

(٣) لأن في اجبارها على السعاية اضرارا بها .

(٤) حيث لا تجبر على السعاية للعتق .
بجامع ان كلا عتق على مال ، اما الاصل فما لو لم تسلم ، واما الفرع فما لو اسلمت .
ولما كان حكم الاصل عدم جواز اجبارها على السعاية للعتق ، كان حكم الفرع كذلك فلا تجبر عليه لتعتق أيضا لذلك .

(٥) بسبب العلوق بحر، فاذا مات سيدها عتقت .

(٦) لانها استحقت العتق بدونه ، فيكون أخذا لمال الغير بالباطل .

(٧) حيث لا يجوز أخذ العوض على عتقها وانما تعتق بموت السيد .
بجامع استحقاق العتق في كل من الأصل وهو أم ولد المسلم والفرع وهو أم ولد النصراني .
ولما كان حكم الاصل عدم جواز أخذ العوض على عتقها ، كان حكم الفرع كذلك فلا يجوز أخذه على عتق أم ولد النصراني أيضا لذلك .

قالوا : اقرار مسلمة (٨) على ملك كافر، فلا يجوز ،كالامة القنة. (٩)

قلنا : يبطل به (١٠) اذا اسلمت امته وكاتبها ، (١١) أو اسلمت أم الولد فاستسعاها ، (١٢) ويخالف الامة القنة (١٣) فان هناك (١٤) يمكن بيعها (١٥)

---

(٨) أى بتركها .

(٩) حيث لا يجوز تركها على ملك الكافر اذا اسلمت ، بل تباع عليه .
بجامع اقرار المسلمة على ملك الكافر، فى كل من الأصل وهو مالو اسلمت القنة فى يد كافر ، والفرع وهو مالو اسلمت أم ولد النصرانى .
ولما كان حكم الأصل وجوب ازالة ملكه عنها بالسعاية له بقيمتها كان حكم الفرع كذلك فيجب عتق أم ولد النصرانى اذا اسلمت بالسعاية أيضا لذلك .

(١٠) سقط لفظ (به) من نسخة ((ب)) ./ أى بتعليلكم المذكور.

(١١) حيث تبقى على ملكه الى ادائها نجوم الكتابة مع أن فيه اقرار مسلمة على ملك كافر.

(١٢) أى سيدها الكافر ، حيث تبقى فى ملكه حتى تؤدى مال السعاية، مع أن فيه اقرار المسلمة على ملك كافر.

(١٣) أى اذا اسلمت .

(١٤) أى فى الأمة القنة اذا أسلمت .

(١٥) فيزول ملك الكافر عنها به .

وهاهنا (١٦) لا يمكن، (١٧) فكان تركها في ملكه مع الحيلولة (١٨) الى أن تعتق من غير عوض يؤخذ منها أولى (١٩).

---

(١٦) فى أم الولد اذا اسلمت عند نصرانى .

(١٧) أى بيعها ، الا أن تكون مستولدة المفلس والراهن ومالك الجانية المعسرين وكذا مستولدة الحربى اذا استرق أو استرقت أو قهرها حربى آخر .

انظر قليوبى جـ٤ ص ٣٧٤ .

(١٨) أى بينه وبينها بجعلها عند امرأة ثقة الى أن يموت فتعتق أو يسلم فتعود اليه .

(١٩) أى من اخراجها عن ملكه والزامها دفع عوضها له بالاستسعاء .

الى هنا ينتهى قسم المعاملات من كتاب " النكت "

والحمد لله الذى تتم بنعمته الصالحات .

نتائـــج البحـــث :

لقد توصلت من خلال الكتابة فى هذه الرسالة بقسميها التحقيق والدراسة الى نتائج هامة ،أجملها فيما يلى :

أولا : ان فى الكتب المخطوطة دررا لا زالت مكنونة عن الباحثين ، حبذا لو يجرى التركيز على تحقيقها واخراجها الى العالم ،لتزيد من رفع كفاءة الدارسين ، ولتساهم فى حل معضلات معاصرة عديدة .

ثانيا : ان تراثنا الفقهى ومستواه العلمى انما يزداد ويزدهر بتبنى الحكومات للشريعة الاسلامية ، وحكمها بها وتطبيقها لها ،اذ بذلك تشرئب الاعناق الى معرفته والابداع فيه ، وبدون ذلك يصبح تراثنا فى زوايا النسيان ، ويعتوره الاهمال ، الا مارحم ربك .

ثالثا : ان محاربة الالحاد والكفر بكل اشكاله وأنواعه ، انما يكون بزيادة تشجيع العاملين فى حقل العلوم الدينية الاسلامية على اختلاف تخصصاتها ، وتنوع مجالاتها ، وتعاون العلماء مع الصالحين من الحكام ، ليقطعوا بذلك عليهم ذريعة العمل بالقوانين الوضعية ، وتقريب المستشارين القانونيين الذين -ان احسنا الظن بهم - انما ينقلون لنا حلولا لمشكلات مجتمعاتهم هم ،لا يتناسب الكثير منها مع طبيعة مجتمعاتنا الاسلامية ،فضلا عن تصادمها مع التزامنا بشرع الله تعالى فى تحكيم الشريعة فى كل مجالات حياتنا الدينية والدنيوية .

رابعا : ارى ان من الضرورة بمكان - خدمة للفقه الاسلامي وتقريبه الى الراغبين فى الوقوف على مافيه من قوانين وأحكام - ان تتابع جهات علمية

جادة ،[١] فهرسة أمهات المراجع الفقهية فهرسة تفصيلية شاملة لتسهيل الوقوف على الأحكام بأقل وقت وأيسر جهد ، فلقد كنت اقضى الساعات الطويلة واصرف جهودا كبيرة فى البحث عن بعض المسائل ، ثم قد لا اجدها ، لانها موضوعة فى غير محلها المتوقع ان تكون فيه ، لكون المصنف قد ذكرها استطرادا فى بعض نواحى الكتاب . والله ولى التوفيق وصلى الله على محمد وعلى آله وصحبه وسلم .

---

(١) فقد قامت وزارة الأوقاف في الكويت بنشر فهارس لعدة كتب فقهية ، منها : معجم الفقه الحنبلى ، وفهرس ابن عابدين فى الفقه الحنفى ، وقليوبى وعميرة فى الفقه الشافعى وجواهر الاكليل فى الفقه المالكى ولكنها غير مستوعبة . وللكتانى : معجم فقه ابن حزم .

((ثبت المراجع))

أولا : المراجع فى العقيدة والأديان :

١- الابانة عن أصول الديانة .
لأبى الحسن على بن اسماعيل الاشعرى . المتوفى سنة بضع وعشرين وثلاثمائة .
طبع دار العلم للطباعة والنشر بالمملكة العربية السعودية فى المدينة المنورة .

٢- أعلام النبوة
للعلامة أبى الحسن على بن محمد الماوردى الشافعى . المتوفى سنة ٤٥٠ هـ .
الطبعة الأولى سنة ١٣٩٣هـ سنة ١٩٧٣م . دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان .

٣- درء تعارض العقل والنقل .
لأبى العباس أحمد بن عبد الحليم بن تيمية . المتوفى سنة ٧٢٨هـ
تحقيق الدكتور محمد رشاد سالم .
طبع بمطابع جامعة الامام محمد بن سعود الاسلامية بالرياض ،
الطبعة الأولى سنة ١٤٠١ هـ سنة ١٩٨١م .

٤- شرح العقيدة الطحاوية .
للعلامة ابن أبى العز الحنفى المتوفى سنة ٧٩٢ هـ
حققها وراجعها جماعة من العلماء .
خرج أحاديثها محمد ناصر الدين الألبانى . والتوضيح بقلم زهير الشاويش .
المكتب الاسلامى . الطبعة الخامسة سنة ١٣٩٩ بيروت .

٥- الشفا بتعريف حقوق المصطفى .
للقاضى أبى الفضل عياض اليحصبى المتوفى سنة ٥٤٤ هـ .
دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان سنة ١٣٩٩ هـ سنة ١٩٧٩م .
توزيع دار الباز بمكة المكرمة .

٦- العلو للعلى الغفار .
شمس الدين محمد بن أحمد بن عثمان بن قايماز الذهبي سنة ٧٤٨هـ
مطبعة العاصمة بمصر . القاهرة . نشر المكتبة السلفية بالمدينة
المنورة لصاحبها محمد عبد المحسن الكبتي .
تقديم ومراجعة وتصحيح عبد الرحمن محمد عثمان .
الطبعة الثانية سنة ١٣٨٨ - سنة ١٩٦٨م .

٧- الفرق بين الفرق وبيان الفرقة الناجية منهم .
تأليف الاستاذ الامام عبد القاهر بن طاهر البغدادي المتوفى
سنة ٤٢٩ هـ.
الطبعة الثانية سنة ١٩٧٨ . دار الآفاق الجديدة - بيروت -
لبنان .

٨- الفصل في الملل والاهواء والنحل .
لأبي محمد بن حزم المتوفى سنة ٤٥٦هـ وبهامشه الملل والنحل
لأبي الفتح عبد الكريم الشهرستاني .
أعادت طبعه بالأوفست مكتبة المثنى ببغداد .

٩- المنتقى من منهاج الاعتدال في نقد كلام أهل الرفض والاعتزال .
لابن تيمية .
اختصار الشيخ أبي عبد الله محمد بن عثمان الذهبي توفي سنة ٧٤٨
بتحقيق محب الدين الخطيب .

١٠- منهج الاشاعرة في العقيدة . تعقيب على مقالات الصابوني ورد الشيخ
الفوزان .
للاستاذ الزميل سفر بن عبد الرحمن الحوالي .
مطبوع على الآلة الكاتبة ، في تسع وثلاثين صفحة .

ثانيـــا : التفســـــير :

١- املاء مامن به الرحمن من وجوه الاعراب والقراءات في جميع القرآن .
تأليف أبي البقاء عبد الله بن الحسين بن عبد الله العكبري .
الطبعة الأولى سنة ١٣٩٩ - سنة ١٩٧٩م دار الكتب العلمية .
بيروت - لبنان .

٢- بصائر ذوي التمييز في لطائف الكتاب العزيز .
مجد الدين محمد يعقوب الفيروزابادي . توفي سنة ٨١٧ هـ
توزيع دار الباز بمكة المكرمة . المكتبة العلمية - بيروت .
تحقيق محمد على النجار .

٣- تفســـير ابن كثـــير .
لعمدة المفسرين شيخ الحفاظ عماد الدين أبي الفداء اسماعيـــل
ابن عمر بن كثير الدمشقي المتوفى سنة ٧٧٤هـ .
بتعليق عبد الوهاب عبد اللطيف .
نشر مكتبة النهضة الحديثة بمصر ، مطبعة الفجالة . الطبعـــة
الأولى سنة ١٣٨٤ هـ - سنة ١٩٦٥م .

٤- تفســـير الطـــبري .
جامع البيان عن تأويل آي القرآن . لأبي جعفر محمد بن جريـــر
الطبري ،
حققه وعلق حواشيه محمود محمد شاكر .
راجعه وخرج أحاديثه أحمد محمد شاكر .
دائرة المعارف بمصر .

٥- تفســـير غريب القرآن .
لأبي محمد عبد الله بن مسلم بن قتيبة .
بتحقيق السيد أحمد صقر . سنة ١٣٩٨هـ - سنة ١٩٧٨م .
دار الكتب العلمية - بيروت . لبنان .

٦- تفسير الفخر الرازى المشتهر بالتفسير الكبير ومفاتيح الغيب .
للامام محمد الرازى فخر الدين ابن العلامة ضياء الدين عمر المشتهر بخطيب الرى .
الطبعة الأولى سنة ١٤٠١ هـ - سنة ١٩٨١ هـ . دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع ، بيروت - لبنان .

٧- روح المعانى فى تفسير القرآن العظيم والسبع المثانى
للعلامة أبى الفضل شهاب الدين السيد محمود الالوسى البغدادى
دار احياء التراث العربى . بيروت - لبنان .

٨- الكشاف عن حقائق التنزيل وعيون الأقاويل فى وجوه التأويل .
تأليف أبى القاسم جار الله محمود بن عمر الزمخشرى الخوارزمى المتوفى سنة ٥٣٨ هـ .
دار المعرفة للطباعة والنشر . بيروت . لبنان .

ثالثا : الحديث :

١- بلوغ المرام من أدلة الأحكام .
للامام الحافظ ابن الفضل أحمد بن حجر العسقلانى المتوفى سنة ٨٥٢ رضى الله عنه .
دار الكتاب العربى بمصر محمد حليمى المنياوى .
حقق أصوله وعلق عليه رضوان محمد رضوان . لم تذكر الطبعة وطبع سنة ١٣٧٣ هـ .

٢- التعليق المغنى على الدارقطنى .
المحدث أبو الطيب محمد شمس الحق العظيم آبادى . انظره بذيل سنن الدارقطنى رقم (١٥) .

٣- تلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير.
للامام أبي الفضل شهاب الدين أحمد بن علي العسقلاني
عني بتصحيحه وتنسيقه والتعليق عليه السيد عبد الله هاشم
اليماني المدني بالمدينة المنورة - الحجاز سنة ١٣٨٤هـ - سنة ١٩٦٤م.

٤- تلخيص المستدرك على الصحيحين.
للحافظ شمس الدين أبي عبد الله محمد بن أحمد الذهبي المتوفى
سنة ٨٤٨ هـ.
انظره بذيل المستدرك على الصحيحين رقم (٢٥).

٥- تهذيب السنن.
للامام ابن قيم الجوزية. انظره في : مختصر سنن أبي داود رقم
(٢٤).

٦- جامع الاصول في أحاديث الرسول.
تأليف الامام مجد الدين أبي السعادات المبارك بن محمد : ابن
الأثير الجزري.
حقق نصوصه وخرج أحاديثه وعلق عليه عبد القادر الأرناؤوط.
نشر وتوزيع مكتبة الحلواني سنة ١٣٨٩ هـ - سنة ١٩٦٩م.

٧- الجامع الصحيح. وهو سنن الترمذي.
لأبي عيسى محمد بن عيسى بن سورة.
تحقيق وتخريج وتعليق خادم الكتاب والسنة محمد فؤاد عبد الباقي
دار احياء التراث العربي - بيروت. لبنان.

٨- جمع الفوائد من جامع الأصول ومجمع الزوائد.
للامام محمد بن محمد بن سليمان
مطبعة دار التأليف بمصر
سنة ١٣٨١ - سنة ١٩٦١.
وبذيله : أعذب الموارد في تخريج جمع الفوائد. للسيد عبد الله
هاشم اليماني المدني.

٩- الجوهر النقي في الرد على البيهقي . كذا سماه في الكشف جـ١ ص ٦٢٠
للعلامة علاء الدين بن علي بن عثمان المارديني .
انظره بذيل السنن الكبرى رقم (١٦) .

١٠- حاشية السندي على البخاري .
تأليف ابي الحسن نورالدين محمد بن عبدالهادي السندي .
بهامش صحيح البخاري ، انظر برقم (١٩) .

١١- الدراية في تخريج أحاديث الهداية .
للامام أبي الفضل شهاب الدين أحمد بن علي بن محمد بن حجر العسقلاني .
عني بتصحيحه وتنسيقه والتعليق عليه عبدالله هاشم اليماني المدني
سنة ١٣٨٤هـ - سنة ١٩٦٤م .
مطبعة الفجالة الجديدة .

١٢- الزوائد على ابن ماجه للبوصيري .
انظر سنن ابن ماجه رقم (١٣) .

١٣- سنن ابن ماجه .
للحافظ أبي عبدالله محمد بن يزيد القزويني ابن ماجة
حقق نصوصه ورقم كتبه وأبوابه وأحاديثه وعلق عليه محمد فؤاد عبدالباقي سنة ١٣٩٥هـ - سنة ١٩٧٥ .
دار احياء التراث العربي .
ومعه الزوائد على سنن ابن ماجه للبوصيري .

١٤- سنن أبي داود .
الامام الحافظ المصنف المتقن أبي داود سليمان ابن الاشعث السجستاني الأزدي .
راجعه على عدة نسخ وضبط أحاديثه وعلق حواشيه محمد محي الدين عبدالحميد .
نشرته دار احياء السنة النبوية .

١٥- سنن الدارقطني .
تأليف الامام الكبير علي بن عمر الدارقطني . عني بتصحيحه وتنسيقه وترقيمه وتحقيقه عبد الله هاشم يماني المدني بالمدينة المنورة سنة ١٣٨٦ هـ - سنة ١٩٦٦ م.
ويذيله التعليق المغني على الدارقطني تأليف المحدث أبي الطيب محمد شمس الحق العظيم آبادي .
دار المحاسن للطباعة - القاهرة .

١٦- السنن الكبرى .
لامام المحدثين الحافظ الجليل أبي بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي وفي ذيله الجوهر النقي للعلامة علاء الدين ابن علي بن عثمان المارديني الشهير بابن التركماني .
دار الفكر .

١٧- سنن النسائي .
بشرح الحافظ جلال الدين السيوطي وحاشية الامام السندي
الناشر: دار الكتاب العربي . بيروت. لبنان .

١٨- شرح معاني الآثار.
للامام أبي جعفر أحمد بن محمد بن سلامة بن عبد الله بن سلمة الأزدي الحجري المصري الطحاوي الحنفي .
حققه وضبطه ونسقه وصححه محمد زهري النجار.
الطبعة الأولى سنة ١٣٩٩ هـ - سنة ١٩٧٩م. دار الكتب العلمية . بيروت . لبنان .

١٩- صحيح البخاري بحاشية السندي .
للعلامة المدقق أبي عبد الله محمد بن اسماعيل البخاري .
الناشر : دار المعرفة للطباعة والنشر. بيروت. لبنان .

٢٠- صحيح مسلم .
للامام أبي الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري
وقف على طبعه وتحقيق نصوصه وتصحيحه وترقيمه وعد كتبه وأبوابه =

=

وأحاديثه وعلق عليه ملخص شرح الامام النووى مع زيادات عن أئمة اللغة محمد فؤاد عبد الباقى .

نشر وتوزيع رئاسة ادارات البحوث العلمية والافتاء والدعوة والارشاد بالمملكة العربية السعودية سنة ١٤٠٠هـ - سنة ١٩٨٠م .

٢١- عمدة القارئ شرح صحيح البخارى .

للشيخ الامام العلامة بدر الدين أبى محمد محمود بن أحمد العينى .

دار الفكر .

٢٢- فتح البارى . شرح صحيح البخارى .

للامام الحافظ أحمد بن على بن حجر العسقلانى ، المتوفى سنة ٨٥٢ هـ .

تصحيح الشيخ عبد الله بن باز وترقيم محمد فؤاد عبد الباقى واخراج محب الدين الخطيب .

المطبعة السلفية بمصر . طبع سنة ١٣٨٠هـ .

٢٣- فيض القدير شرح الجامع الصغير .

للعلامة عبد الرؤوف المناوى .

طبع دار المعرفة - بيروت . لبنان . الطبعة الثانية سنة ١٣٩١ هـ - سنة ١٩٧٢م .

٢٤- مختصر سنن أبى داود للحافظ المنذرى ومعالم السنن لأبى سليمان الخطابى وتهذيب السنن للامام ابن قيم الجوزية .

تحقيق محمد حامد الفقى .

الناشر: دار المعرفة للطباعة والنشر . بيروت . لبنان . سنة ١٤٠٠هـ - سنة ١٩٨٠م .

٢٥- المستدرك على الصحيحين فى الحديث .

للحافظ المحدث أبى عبد الله محمد بن عبد الله المعروف بالحاكم النيسابورى المتوفى سنة ٤٠٥هـ .

فى ذيله: تلخيص المستدرك ، للحافظ شمس الدين أبى عبد الله محمد ابن أحمد الذهبي المتوفى سنة ٨٤٨هـ .

=

= نشر مكتبة ومطابع النصر الحديثة بالرياض ، لم تذكر الطبعة ، ولكن تم طبعه سنة ١٣٣٥ هـ في مطبعة دائرة المعارف النظامية في الهند ببلدة حيدر آباد الدكن .

٢٦- مسند الامام الشافعي .
للامام محمد بن ادريس الشافعي .
انظر مختصر المزني ، في مراجع الفقه . رقم (٥١) .

٢٧- المصنف .
للحافظ الكبير أبي بكر عبد الرزاق بن همام الصنعاني .
عني بتحقيق نصوصه وتخريج أحاديثه والتعليق عليه الشيخ المحدث حبيب الرحمن الأعظمي .
الطبعة الأولى سنة ١٣٩٢ هـ - سنة ١٩٧٢ م . من منشورات المجلس العلمي .

٢٨- المصنف في الأحاديث والآثار .
للامام الحافظ عبد الله بن محمد بن أبي شيبة ابراهيم بن عثمان الكوفي العبسي المتوفى سنة ٢٣٥ هـ .
تحقيق الاستاذ عامر العمري الأعظمي .
طبع الدار السلفية - بومباى الهند .

٢٩- معالم السنن .
لأبي سليمان الخطابي .
انظره في : مختصر سنن أبي داود رقم (٢٤) .

٣٠- المقاصد الحسنة في بيان كثير من الأحاديث المشتهرة على الألسنة
تأليف شمس الدين أبي الخير محمد بن عبد الرحمن السخاوي .
صححه وعلق حواشيه عبد الله محمد الصديق - قدمه وترجم للمؤلف عبد الوهاب عبد اللطيف .
دار الكتب العلمية - بيروت ، لبنان . الطبعة الأولى سنة ١٣٩٩ هـ - سنة ١٩٧٩ م .

٣١- المنتقى . شرح موطأ الامام مالك للامام الباجي .
طبعة مصورة عن الطبعة الأولى لمولاى عبد الحفيظ سنة ١٣٣٢ هـ
مطبعة السعادة بجوار محافظة مصر .
الناشر : دار الكتاب العربي ، بيروت - لبنان .

٣٢- موطأ الامام مالك .
لأبي عبد الله مالك بن أنس الأصبحي عالم المدينة سنة ٩٣ هـ -
سنة ١٧٩ هـ برواية محمد بن الحسن الشيباني .
الطبعة الثانية . تعليق وتحقيق عبد الوهاب عبد اللطيف . المكتبة
العلمية سنة ١٣٩٩ هـ - سنة ١٩٧٩ م .

٣٣- نصب الراية لأحاديث الهداية .
للامام العلامة جمال الدين أبي محمد عبد الله بن يوسف الحنفي
الزيلعي مع حاشيته النفيسة المهمة " بغية الألمعي في تخريج
الزيلعي " ، الطبعة الثانية سنة ١٣٩٣ م .
الناشر : المكتبة الاسلامية .

٣٤- نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار .
للعلامة محمد بن علي بن محمد الشوكاني المتوفى سنة ١٢٥٥ هـ .
مطبعة مصطفى البابي الحلبي بمصر . طبع في رجب سنة ١٣٤٧ هـ
لم تذكر الطبعة .

رابعا : الفقـــه :

١- أحكام أهل الذمـة .
تأليف الشيخ شمس الدين أبي عبد الله محمد بن أبي بكر بن قيم
الجوزية المتوفى سنة ٧٥١ هـ
حققه وعلق حواشيه الدكتور صبحي الصالح .
الطبعة الثانية سنة ١٤٠١ هـ - سنة ١٩٨١ م - دار العلم
للملايين . بيروت . لبنان .

٢- أحكام الأوقاف .
أبو بكر أحمد بن عمرو الشيباني المعروف بالخصاف ، توفي سنة ٢٦١هـ
الطبعة الأولى . مطبعة ديوان عموم الأوقاف المصرية سنة ١٣٢٢هـ
— سنة ١٩٠٤م .

٣- أحكـــام القرآن .
تأليف الامام أبي بكر أحمد بن على الرازى الجصاص المتوفـــى
سنة ٤٥٨ هـ .
الناشر: دار الكتاب العربى . بيروت- لبنان .

٤- أحكام القـــرآن .
لأبى بكر محمد بن عبد الله المعروف بابن العربى . المتوفـــى
سنة ٥٤٣هـ .
تحقيق على محمد البجاوى .
الناشر: دار المعرفة للطباعة والنشر. بيروت. لبنان .

٥- أسهل المدارك شرح ارشاد السالك فى فقه امام الأئمة مالك .
جمعه أبو بكر بن حسن الكشناوى . الطبعة الثانية . دار الفكـر .

٦- الاشباه والنظائر على مذهب أبى حنيفة النعمان .
تأليف الشيخ زين العابدين بن ابراهيم بن نجيم المتوفى سنة ٩٧٠هـ
دار الكتب العلمية . بيروت . لبنان سنة ١٤٠٠- سنة ١٩٨٠م .

٧- الاشباه والنظائر فى قواعد وفروع فقه الشافعية .
تأليف الامام جلال الدين عبد الرحمن السيوطى المتوفى سنة ٩١١هـ
الطبعة الأخيرة سنة ١٣٧٨ هـ - سنة ١٩٥٩م . شركة مكتبـة
ومطبعة مصطفى البابى الحلبى وأولاده بمصر .

٨- الافصاح عن معانى الصحاح .
تأليف الوزير عون الدين أبى المظفر يحي بن محمد بن هبيرة الحنبلى
المتوفى سنة ٥٦٠هـ .
ملتزم الطبع والنشر المؤسسة السعيدية بالرياض .

٩- الأم .
تأليف الامام أبى عبد الله محمد بن ادريس الشافعى . المتوفى سنة ٢٠٤ هـ .
أشرف على طبعه وباشر تصحيحه محمد زهدى النجار
الطبعة الثانية سنة ١٣٩٣ هـ - سنة ١٩٧٣ م. دار المعرفة - للطباعة والنشر. بيروت . لبنان .

١٠- الانصاف فى معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الامام المبجل أحمد ابن حنبل .
تأليف مصحح المذهب ومنقحه علاء الدين أبى الحسن على بن سليمان المرداوى المتوفى سنة ٨٨٥ هـ .
صححه وحققه محمد حامد الفقى .
الطبعة الأولى سنة ١٣٧٤ هـ - سنة ١٩٥٥ م.

١١- بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع .
تأليف علاء الدين أبى بكر بن مسعود الكاسانى الحنفى .
الطبعة الثانية - الناشر : دار الكتاب العربى . بيروت. لبنان .

١٢- بداية المجتهد ونهاية المقتصد .
للشيخ الامام الحافظ الناقد أبى الوليد محمد بن أحمد بن محمد ابن أحمد بن رشد القرطبى المتوفى سنة ٥٩٥ هـ .
نشر مكتبة الكليات الأزهرية ، لصاحبها حسن محمد امبابى المنياوى . سنة الطبع سنة ١٣٨٩ - سنة ١٩٦٩ م.

١٣- بلغة السالك لأقرب المسالك الى مذهب الامام مالك .
تأليف الشيخ أحمد بن محمد الصاوى المالكى - المتوفى سنة ١٢٤١ هـ على الشرح الصغير للقطب الشهير أحمد بن محمد بن أحمد الدردير. طبع سنة ١٣٩٨ هـ - سنة ١٩٧٨ م. دار المعرفة للطباعة والنشر.
بهامشه الشرح الصغير المسمى اقرب المسالك الى مذهب الامام مالك للعلامة الدردير.

١٤- التاج والاكليل لمختصر خليل .
للعلامة أبى عبد الله محمد بن يوسف بن أبى القاسم العبدرى
الشهير بالمواق المتوفى سنة ٨٩٧هـ.
انظره بهامش الحطاب رقم (٢٦) .

١٥- تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق .
تأليف العلامة فخر الدين عثمان بن على الزيلعى الحنفى المتوفى
سنة ٧٤٣ هـ .
دار المعرفة للطباعة والنشر. بيروت. لبنان . الطبعة الثانية ،
بهامشه : حاشية سعدى جلبى للامام شهاب الدين أحمد
الشلبى .

١٦- تحفة المحتاج بشرح المنهاج .
تأليف العلامة الشيخ أحمد بن حجر الهيثمى الشافعى . المتوفى
سنة ٩٧٤هـ.
بهامشه حاشية العلامة عبد الحميد الشروانى وحاشية العلامة
أحمد بن قاسم العبادى على التحفة المذكورة .
طبع بالمطبعة الميمنية بمصر سنة ١٣١٥هـ.

١٧- تكملة المجموع . شرح المهذب.
من تأليف الامام الفقيه تقى الدين على بن عبد الكافى السبكى .
المتوفى سنة ٧٥٦هـ.
مطبعة التضامن الاخوى بمصر سنة ١٣٤٨هـ.

١٨- التنبيه فى الفقه على مذهب الامام الشافعى .
تأليف أبى اسحاق ابراهيم بن على بن يوسف الشيرازى الفيروزابادى
المتوفى سنة ٤٧٦هـ.
الطبعة الأخيرة سنة ١٣٧٠هـ - سنة ١٩٥١م . شركة مكتبة
ومطبعة مصطفى البابى الحلبى وأولاده بمصر. القاهرة ١٥ جمادى
الثانى سنة ١٣٧٠هـ ٢٢ مارس سنة ١٩٥١م .
بهامشه : تصحيح التنبيه للامام محى الدين يحى النووى .

١٩- الثمر الداني في تقريب المعاني . شرح رسالة ابن أبي زيد القيرواني .
جمع الاستاذ المحقق الشيخ صالح عبد السميع الآبي الأزهري .
دار الكتب العلمية . بيروت. لبنان .

٢٠- جواهر الاكليل . شرح مختصر العلامة الشيخ خليل في مذهب الامام مالك امام دار التنزيل .
للعالم العلامة والبحر الفهامة صالح عبد السميع الآبي الأزهري
الناشر: دار المعرفة للطباعة والنشر. بيروت. لبنان . بهامش مختصر الشيخ خليل .

٢١- حاشية ابن عابدين المسماة : رد المحتار على الدر المختار.
للامام محمد أمين بن عابدين الدمشقي الحنفي المتوفى سنة ١٢٥٢ هـ
الطبعة الأولى ، طبعة بولاق بمصر.
والدر المختار : لعلاء الدين الحصكفي المتوفى سنة ١٠٨٨ هـ -
شرح لتنوير الابصار للتمرتاشي المتوفى سنة ١٠٠٤ هـ .

٢٢- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير.
للعالم العلامة شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي على الشرح الكبير .
لأبي البركات سيدي أحمد الدردير.
مطبعة دار احياء الكتب العربية بمصر. تصوير دار الفكر، بيروت ،لبنان. بهامشه : الشرح الكبير للدردير: أحمد بن محمد أبي البركات.

٢٣- حاشية سعدي جلبي على شرح العناية وعلى الهداية .
للمولى المحقق سعد الله بن عيسى المفتي الشهير بسعدي جلبي وبسعدي افندي ، المتوفى سنة ٩٤٥هـ
انظر شرح فتح القدير رقم (٣٢) .

٢٤- حاشية الشبراملسي .
لأبي الضياء نور الدين علي بن علي الشبراملسي القاهري المتوفى سنة ١٠٨٧هـ.
انظر في : نهاية المحتاج . رقم (٦١) .

٢٥- حاشية الشلبي على تبيين الحقائق .
تأليف الشيخ شهاب الدين أحمد الشلبي . انظره في تبيين الحقائق رقم (١٥) .

٢٦- الحطاب : مواهب الجليل لشرح مختصر أبي الضياء سيدي خليل .
لامام المالكية في عصره أبي عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي الأصل المكي المولد الرعيني ، المعروف بالحطاب ، المتوفى سنة ٩٠٢ هـ .
بهامشه التاج والاكليل لمختصر خليل ، للعلامة أبي عبد الله محمد ابن يوسف بن أبي القاسم العبدري الشهير بالمواق . المتوفى سنة ٨٩٧ هـ .
طبع بالمغرب الأقصى بأمر السلطان عبد الحفيظ بن الحسن بن محمد ملك المغرب . مطبعة السعادة بمصر . الطبعة الأولى سنة ١٣٢٨ هـ .

٢٧- الخرشي على مختصر سيدي خليل .
للامام العلامة أبي عبد الله محمد بن عبد الله بن علي الخرشي ، المتوفى سنة ١١٠١ هـ .
طبع بدار الطباعة ببولاق مصر القاهرة . سنة ١٣١٨ هـ .
بهامشه : حاشية للشيخ العدوي .

٢٨- الدر المنتقى في شرح الملتقى .
للشيخ ابراهيم بن محمد بن ابراهيم الحلبي نزيل القسطنطينية المتوفى سنة ١٩٥٦ هـ .
انظره في هامش مجمع الأنهر ، رقم (٤٨) .
ملاحظة : ورد اسم هذا الكتاب في صفحة عنوانه هكذا : (بدر المتقي في شرح الملتقى) وهو تحريف ، والصواب ما أثبتناه لأن المؤلف نص على ذلك . انظر جـ١ ص ٧ .

٢٩- رحمة الأمة فى اختلاف الأئمة .

تأليف أبى عبد الله محمد بن عبد الرحمن الدمشقى العثمانى الشافعى من علماء القرن الثامن .

الطبعة الثانية سنة ١٣٨٦هـ - سنة ١٩٦٧م. شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابى الحلبى وأولاده بمصر.

٣٠- الشرح الصغير ، المسمى : اقرب المسالك الى مذهب الامام مالك .

للامام أحمد بن محمد بن أحمد الدردير.

انظره بهامش بلغة السالك رقم (١٣) .

٣١- شرح العناية على الهداية .

للامام اكمل الدين محمد بن محمود البابرتى المتوفى سنة ٧٨٦ هـ

انظره بهامش شرح فتح القدير . رقم (٣٢) .

٣٢- شرح فتح القدير للعاجز الفقير على الهداية شرح بداية المبتدى للمرغينانى المتوفى سنة ٥٩٣ هـ .

تأليف الشيخ الامام كمال الدين محمد بن عبد الواحد بن عبد الحميد ابن مسعود السيواسى ثم السكندرى المعروف بابن الهمام الحنفى توفى سنة ٦٨١ هـ. دار التراث العربى ، بيروت . لبنان .

بهامشه شرح العناية على الهداية ، للامام اكمل الدين محمد بن محمود البابرتى المتوفى سنة ٧٨٦هـ. وحاشية المولى المحقق سعد الله بن عيسى المفتى ، الشهير بسعدى جلبى وبسعدى افندى المتوفى سنة ٩٤٥ هـ على شرح العناية المذكور وعلى الهداية .

٣٣- الشرح الكبير .

أبو البركات سيدى أحمد الدردير ، توفى سنة ١٢٠١هـ .

انظره بهامش حاشية الدسوقى رقم (٢٢) .

٣٤- شرح المحلى : جلال الدين محمد بن أحمد المحلى المتوفى سنة ٨٩٠هـ

شرح لمنهاج الطالبين للامام يحيى بن شرف النووى .

انظره بهامش قليوبى وعميرة رقم (٤٢) .

٣٥- شرح منتهى الارادات المسمى: دقائق أولى النهى لشرح المنتهى .
للشيخ العلامة فقيه الحنابلة في وقته منصور بن يونس بن ادريس البهوتي ، فرغ من تأليفه سنة ١٠٤٦ هـ. مصححه على نسخة خطية محفوظة بدار الكتب الأزهرية . دار الفكر.

٣٦- شرح منح الجليل على مختصر العلامة خليل .
تأليف العلامة الشيخ محمد بن أحمد عليش . المتوفى سنة ١٢٩٩ هـ
الناشر: مكتبة النجاح - طرابلس - ليبيا .

٣٧- العدة شرح العمدة . فى فقه امام السنة أحمد بن حنبل الشيبانى .
تأليف بهاء الدين عبد الرحمن بن ابراهيم المقدسى ،
توزيع دار الباز للنشر والتوزيع بمكة المكرمة .

٣٨- عميرة : حاشية للشيخ شهاب الدين أحمد البرلسى توفى سنة ٩٥٧ هـ
على شرح المنهاج للمحلي .
انظره فى : قليوبى وعميرة رقم (٤٢) .

٣٩- فتح القدير:
لابن الهمام .
انظر شرح فتح القدير. رقم (٣٢) .

٤٠- الفواكه الدوانى . شرح الشيخ أحمد بن غنيم بن سالم بن مهنا .
النفراوى المالكى الأزهرى . على رسالة أبى محمد عبد الله بن أبى زيد عبد الرحمن القيروانى المالكى .
دار المعرفة للطباعة والنشر . بيروت. لبنان .

٤١- قليوبى : حاشية للشيخ شهاب الدين القليوبى على شرح المنهاج للمحلي .
انظره فى : قليوبى وعميرة رقم (٤٢) .

٤٢- قليوبى وعميرة . حاشيتان على شرح الجلال المحلى لمنهاج الطالبين للنووى .
للامامين الجليلين : الشيخ شهاب الدين القليوبى والشيخ عميرة على شرح العلامة جلال الدين المحلي على منهاج الطالبين للشيخ =

= محي الدين النووى فى فقه مذهب الامام الشافعى .
طبع بمطبعة دار احياء الكتب العربية بمصر.
بهامشه : شرح المنهاج للجلال المحلي المذكور.

٤٣- قوانين الأحكام الشرعية ومسائل الفروع الفقهية.
تأليف محمد بن أحمد بن جزى الغرناطي المالكي . دار العلم للملايين ، بيروت سنة ١٩٧٤م.

٤٤- كشاف القناع عن متن الاقناع .
للشيخ العلامة فقيه الحنابلة فى وقته منصور بن يونس بن ادريس البهوتى .
أمر بطبعة جلالة الملك فيصل . مطبعة الحكومة بمكة سنة ١٣٩٤هـ.

٤٥- الكفاية على الهداية .
لجلال الدين الخوارزمي الكرلانى .
انظره مع شرح فتح القدير. رقم (٣٢).

٤٦- لسان الحكام فى معرفة الأحكام .
للشيخ الامام أبى الوليد ابراهيم بن أبى اليمن محمد بن أبى الفضل المعروف بابن الشحنة الحنفى .
انظره فى معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام رقم (٥٤).

٤٧- المبسوط لشمس الدين السرخسى .
الطبعة الثالثة . أعيد طبعه بالأوفست سنة ١٣٩٨هـ - سنة ١٩٧٨م
دار المعرفة للطباعة والنشر . بيروت. لبنان .

٤٨- مجمع الأنهر فى شرح ملتقى الأبحر.
تأليف المولى الفقيه المحقق عبد الله بن الشيخ محمد بن سليمان المعروف بداماد أفندى .
دار احياء التراث العربى للنشر والتوزيع ، تصويرا عن دار الطباعة العامرة سنة ١٣١٩هـ.
بهامشه بالدر المنتقى فى شرح الملتقى.

٤٩- المجموع . شرح مهذب الشيرازي .
لشيخ الاسلام أبي زكريا يحي بن شرف النووي . وله تكملتان ، الأولى للسبكي ، والثانية لمحمد نجيب المطيعي .
الناشر: مكتبة الارشاد . جده - المملكة العربية السعودية .

٥٠- المحـــــرر في الفقه على مذهب الامام أحمد بن حنبل .
تأليف الشيخ الامام مجد الدين أبي البركات.
مطبعة السنة المحمدية سنة ١٣٦٩ - سنة ١٩٥٠م ومعـــه النكت والفوائد السنية على مشكل المحرر لمجد الدين ابن تيميـة ، لشمس الدين ابن مفلح الحنبلي المقدسي ، المتوفى سنة ٧٦٣هـ.

٥١- مختصر المزنـــي .
تأليف أبو ابراهيم اسماعيل بن يحيى المزني . طبع في لبنـــان - مطبعة داغر.
ومعه مسند الامام الشافعي محمد بن ادريس.

٥٢- المذهب الأحمد في مذهب الامام أحمد .
تأليف محي الدين يوسف بن عبد الرحمن بن علي بن محمـــد . سبط ابن الجوزي رحمه الله . ولد سنة ٥٨٠ هـ . وتوفـــي سنة ٦٥٦ هـ.
مطبعة " ق " بومباى بالهند . سنة ١٣٧٨هـ - سنة ١٩٥٩م.

٥٣- مراتب الاجماع في العبادات والمعاملات والاعتقادات .
تأليف الحافظ ابى محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم. ونقـــد مراتب الاجماع لابن تيمية بهامشه .
دار الكتب العلمية . بيروت. لبنان .

٥٤- معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام.
تأليف الامام علاء الدين أبي الحسن علي بن خليل الطرابلسي الحنفي ويليه لسان الحكام في معرفة الأحكام للشيخ الامام أبي الوليـــد ابراهيم بن أبي اليمن محمد بن أبي الفضل المعروف بابن الشحنـــة الحنفي . الطبعة الثانية سنة ١٣٩٣هـ - سنة ١٩٧٣م. شـــركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر.

٥٥- المغنى لابن قدامه .
تأليف أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة .
تحقيق فضيلة الاستاذ الشيخ محمود عبد الوهاب فايد .
الناشر مكتبة القاهرة . مطابع سجل العرب . سنة ١٩٧٠ - ١٣٩٠ هـ .

٥٦- مغنى المحتاج الى معرفة معانى ألفاظ المنهاج .
شرح الشيخ محمد الشربينى الخطيب .
الناشر : دار احياء التراث العربى ، بيروت - لبنان سنة ١٣٥٢ هـ
- سنة ١٩٣٣ م .

٥٧- المقنع فى فقه امام السنة أحمد بن حنبل الشيبانى رضى الله عنه .
تأليف الامام موفق الدين عبد الله بن أحمد بن قدامه المقدسى ،
دار الكتب العلمية . بيروت - لبنان . الطبعة الأولى سنة ١٣٩٩ هـ
- سنة ١٣٧٩ هـ .

٥٨- منهاج الطالبين وعمدة المفتين فى فقه مذهب الامام الشافعى رضى الله عنه
تأليف أبي زكريا يحيى بن شرف النووى الشافعى .
دار المعرفة للطباعة والنشر - بيروت - لبنان تصويرا .
طبع مصطفى البابى الحلبى بمصر .

٥٩- المهذب فى فقه الامام الشافعى .
تأليف الشيخ الامام الزاهد الموفق أبي اسحاق ابراهيم بن علـى
ابن يوسف الفيروزابادى الشيرازى .
دار الفكر . بيروت - لبنان ،
وبهامشه : النظم المستعذب فى شرح غريب المهذب ، للعلامـة
محمد بن أحمد بن بطال الركبي .

٦٠- نتائج الأفكر فى كشف الرموز والأسرار .
للمولى شمس الدين أحمد المعروف بقاضى زاده ، المتوفـى
سنة ٩٨٨ هـ .
وهو تكلمة شرح فتح القدير لابن الهمام .
انظر شرح فتح القدير رقم (٣٢) .

٦١- نهاية المحتاج الى شرح المنهاج فى الفقه على مذهب الامام الشافعى .
تأليف شمس الدين محمد بن أبى العباس أحمد بن حمزة ابن شهاب الدين الرملى المصرى الانصارى الشهير بالشافعى الصغير
الناشر: المكتبة الاسلامية لصاحبها الحاج رياض الشيخ . القاهرة فى ١٨ ربيع الأول سنة ١٣٥٨ ٨ مايو سنة ١٩٣٩م
ومعه : حاشية ابى الضياء نور الدين على بن على الشبراملسى ، القاهرى ، المتوفى سنة ١٠٨٧هـ.
وبهامشه : حاشية أحمد بن عبد الرزاق بن محمد بن أحمد المعروف بالمغربى الرشيدى المتوفى سنة ١٠٩٦هـ.

٦٢- الهداية شرح بداية المبتدى .
لشيخ الاسلام برهان الدين أبى الحسن على بن عبد الجليل المرغينانى الرشدانى المتوفى سنة ٥٩٣هـ.
انظره مع شرح فتح القدير رقم (٣٢) .

٦٣- الوجيز فى فقه مذهب الامام الشافعى .
تأليف : حجة الاسلام الامام محمد بن محمد أبى حامد الغزالى .
الناشر: دار المعرفة للطباعة والنشر . بيروت - لبنان ، سنة ١٣٩٩ هـ - سنة ١٩٧٩م .

خامسا : أصول الفقه والحديث :

١- الأحكام فى أصول الأحكام .
لأبى محمد على بن أحمد بن سعيد بن حزم الظاهرى المتوفى سنة ٤٥٦ هـ.
مطبعة الامتياز بمصر . الطبعة الأولى سنة ١٣٩٧ هـ - سنة ١٩٧٨م .
نشر مكتبة عاطف بالقاهرة .

٢- اختصار علوم الحديث.
للحافظ ابى الفداء عماد الدين اسماعيل بن عمر بن كثير القرشي
المتوفى سنة ٧٧٤ هـ.
انظر الباعث الحثيث رقم (٥).

٣- أصول السرخسي .
للامام الفقيه أبى بكر محمد بن أحمد بن أبى سهل السرخسي .
حقق أصوله أبو الوفا الأفغاني .
دار المعرفة للطباعة والنشر. بيروت. لبنان سنة ١٩٧٣ هـ - سنة ١٣٩٣.

٤- أصول الفقه .
للشيخ محمد الخضرى بك . المتوفى سنة ١٣٤٥ هـ.
المكتبة التجارية الكبرى بمصر. الطبعة السادسة سنة ١٣٨٩ هـ - سنة ١٩٦٩م.

٥- الباعث الحثيث ، شرح اختصار علوم الحديث ، لابن كثير سنة ٧٧٤هـ
تأليف : أحمد محمد شاكر.
دار الكتب العلمية. بيروت لبنان. الطبعة الثانية سنة ١٣٧٠هـ - سنة ١٩٥١م.

٦- البحر المحيط .
بدر الدين الزركشي . (مخطوط) .
المكتبة الأزهرية - أصول الفقه (٢٠) ٧٢٢.
رقم : ٦٧٨/٣٣٨
تاريخ النسخ : ٨٨٤ هـ
عدد الأوراق : ٣٣١ فى الجزء الأول .

عدد الأسطر: ٢٣ سطر فى الصفحة.
تم التصوير بقسم الجغرافيا بكلية الآداب بجامعة فؤاد الأول فى يوم الأربعاء ١٢ رمضان سنة ١٣٦٦ . الموافق ٣٠ يولية سنة ١٩٤٧م.
وتوجد منه نسخة مصورة فى مركز البحث العلمى بأم القرى .

٧- التبصرة فى أصول الفقه .
للشيخ الامام أبى اسحاق ابراهيم بن على بن يوسف الفيروزابادى الشيرازى .
شرحه وحققه الدكتور محمد حسن هيتو .
طبع بدار الفكر بدمشق سنة ١٤٠٠هـ - سنة ١٩٨٠م .

٨- تصحيفات المحدثين .
لابن أحمد الحسن بن عبد الله بن سعيد العسكرى . المتوفى سنة ٣٨٢هـ
تحقيق الدكتور محمود أحمد ميرة .
طبع المطبعة العربية الحديثة بمصر ، الطبعة الأولى سنة ١٤٠٢هـ - سنة ١٩٨٢م .

٩- التمهيد فى تخريج الفروع على الأصول .
للامام جمال الدين أبى محمد عبد الرحيم بن الحسن الاسنوى .
حققه وعلق عليه وخرج نصه الدكتور محمد حسن هيتو .
الطبعة الثانية سنة ١٤٥١هـ - سنة ١٩٨١م .
مؤسسة الرسالة بيروت - لبنان .

١٠- توضيح الأفكار لمعانى تنقيح الانظار .
للعلامة محمد بن اسماعيل الأمير الحسنى الصنعانى صاحب " سبل السلام "
حققه محمد محى الدين عبد الحميد .
الطبعة الأولى سنة ١٣٦٦هـ . مكتبة الخانجى .

١١- تيسير التحرير .
شرح العلامة محمد أمين المعروف بأمير باد شاه الحسينى الحنفى الخراسانى البخارى المكى . على كتاب التحرير فى أصول الفقه الجامع بين اصطلاحى الحنفية والشافعية لكمال الدين محمد ابن عبد الواحد بن عبد الحميد بن مسعود الشهير بابن همام الدين الاسكندرى الحنفى .
طبع بمطبعة مصطفى البابى الحلبى وأولاده بمصر سنة ١٣٥٠هـ .

١٢- الرسالة .

للامام محمد بن ادريس الشافعى . المتوفى سنة ٢٠٤هـ

مطبعة البابى الحلبى بمصر ، الطبعة الأولى سنة ١٣٨٨هـ - سنة ١٩٦٩م .

تحقيق محمد سيد كيلانى .

١٣- شرح البدخشى مناهج العقول .

للامام محمد بن الحسن البدخشى ومعه شرح الاسنوى نهاية السول للامام جمال الدين عبد الرحيم الاسنوى .

كلاهما شرح منهاج الوصول فى علم الاصول تأليف القاضى البيضاوى .

مطبعة محمد على صبيح وأولاده بالأزهر بمصر .

١٤- شرح الكوكب المنير المسمى بمختصر التحرير أو المختبر المبتكر شرح المختصر فى أصول الفقه .

تأليف العلامة الشيخ محمد بن أحمد بن عبد العزيز بن على الفتوحى الحنبلى المعروف بابن النجار .

تحقيق د . محمد الزحيلى ، و د . نزيه حماد .

دار الفكر بدمشق سنة ١٤٠٠هـ - سنة ١٩٨٠م .

١٥- كشف الأسرار عن أصول فخر الاسلام البزدوى .

تأليف لامام علاء الدين عبد العزيز بن أحمد البخارى .

دار الكتاب العربى - بيروت سنة ١٣٩٤هـ - سنة ١٩٧٤م .

١٦- المختصر فى أصول الفقه على مذهب الامام أحمد بن حنبل .

تأليف على بن محمد بن على بن عباس بن شيبان البعلى ثم الدمشقى الحنبلى " علاء الدين " أبو الحسن " المعروف بابن اللحام " .

حققه وقدم له ووضع حواشيه وفهارسه الدكتور محمد مظهر بقا .

دار الفكر بدمشق سنة ١٤٠٠هـ - سنة ١٩٨٠م . وقد شاركته فى تحقيقه .

١٧- المدخل الى مذهب الامام أحمد بن حنبل .
للشيخ عبد القادر بن أحمد بن مصطفى المعروف بابن بدران الدمشقي
قام بتصحيحه ونشره جماعة من العلماء باشراف ادارة الطباعـــة
المنيرية . دار احياء التراث العربي .

١٨- المستصفى من علم الأصول .
للامام أبى حامد محمد بن محمد الغزالى .
الطبعة الأولى سنة ١٣٢٤ هـ - بولاق مصر .

١٩ - المعتمد في أصول الفقه .
تأليف أبي الحسين محمد بن علي بن الطيب البصري المعتزلـــي
اعتنى بتهذيبه وتحقيقه محمد حميد الله بتعاون محمد بكـــر
وحسن حنفي . دمشق سنة ١٣٨٤ هـ - سنة ١٩٦٤م .

٢٠- الموافقات في أصول الأحكام .
تأليف الامام أبى اسحاق ابراهيم بن موسى اللخمى الغرناطـــي
المعروف بالشاطبي .
تحقيق محمد محي الدين عبد الحميد .
الناشر مكتبة ومطبعة محمد علي صبيح وأولاده بميدان الأزهر .

٢١- نزهة المشتاق شرح اللمع لأبي اسحاق .
تأليف محمد يحيى ابن الشيخ امان .
نشر المكتبة العلمية بمكة المكرمة . مطبعة حجازى بالقاهـــرة
لم تذكر الطبعة . سنة ١٣٧٠ هـ - سنة ١٩٥١م .

٢٢- نهاية السول في شرح منهاج الأصول للبيضاوى المتوفى سنة ٦٨٥ هـ .
تأليف الامام جمال الدين عبد الرحيم بن الحسن الأسنوى المتوفـــى
سنة ٧٧١ هـ .
انظره في شرح البدخشي ، رقم (١٣) .

٢٣- الوصول الى مسائل الاصول . للشيرازى .
الشركة الوطنية للنشر والتوزيع . الجزائر سنة ١٣٩٩ هـ - سنة ١٩٧٩م .
لم تذكر الطبعة . تحقيق وتعليق عبد المجيد تركى . الجزء الثانى فقط .

سادسا : التراجم :

١- أبو الحسن الاشعرى وعقيدته .
تأليف حماد بن محمد الانصارى .
الطبعة الثانية سنة ١٣٩٥هـ - سنة ١٩٧٥م .
مطبعة الفجالة الجديدة بمصر .

٢- الاستيعاب فى معرفة الأصحاب .
لابن عبد البر النمرى القرطبى المتوفى سنة ٤٦٣ هـ .
انظره بهامش الاصابة رقم (٣) .

٣- الاصابة فى تمييز الصحابة .
تأليف شهاب الدين أبى الفضل أحمد بن على بن حجر العسقلانى
المتوفى سنة ٨٥٢ هـ .
وبهامشه الاستيعاب فى معرفة الأصحاب لابن عبد البر النمرى
القرطبى .
طبعة جديدة بالأوفست . مكتبة المثنى - بغداد . الطبعة
الأولى سنة ١٣٢٨ هـ . مطبعة السعادة بجوار محافظة مصر .

٤- الاعلام . قاموس تراجم لاشهر الرجال والنساء من العرب والمستعربين
والمستشرقين .
تأليف : خيرالدين الزركلى المتوفى سنة ١٩٧٥م .
دار العلم للملايين - بيروت . الطبعة الخامسة ايار مايو سنة ١٩٨٠م .

٥- الامام الشيرازى . حياته وآراؤه الاصولية .
تأليف الدكتور محمد حسن هيتو .
الطبعة الأولى سنة ١٤٠٠هـ - سنة ١٩٨٠م . دار الفكر
دمشق .

٦- تبيين كذب المفترى فيما نسب الى الامام أبى الحسن الاشعرى
تصنيف أبى القاسم على بن الحسن بن هبة الله بن عساكر
الدمشقى توفى سنة ٥٧١ هـ .
الناشر : دار الكتاب العربى . بيروت. لبنان سنة ١٣٩٩ هـ
- سنة ١٩٧٩م .

٧- تذكرة الحفاظ :
الامام أبو عبد الله شمس الدين الذهبى المتوفى سنة ٧٤٨ هـ
دار احياء التراث العربى - بيروت - لبنان .

٨- تهذيب الاسماء واللغات .
للامام العلامة الفقيه الحافظ أبى زكريا محى الدين بن شرف النووى
المتوفى سنة ٦٧٦هـ .
دار الكتب العلمية . بيروت - لبنان . توزيع دار الباز للنشر
والتوزيع ، مكة المكرمة .

٩- تهذيب التهذيب .
للحافظ ابن حجر احمد بن على العسقلانى المتوفى سنة ٨٥٢هـ .
طبع بمطبعة مجلس دائرة المعارف النظامية فى الهند . الطبعة
الأولى سنة ١٣٢٦هـ .
تصوير دار صادر . بيروت. لبنان .

١٠- تهذيب الكمال فى معرفة أسماء الرجال . (مخطوط) .
للحافظ المحقق جمال الدين أبى الحجاج يوسف الزكى عبد الرحمن
ابن يوسف بن عبد الملك بن يوسف بن على بن أبى الزهراء الكلبى
المزى المتوفى سنة ٧٤٢ هـ
مخطوط مصور، توجد منه نسخة فى مكتبة الهدى الدينية فى
مسجد الفقيه بمكة المكرمة . فى تسع مجلدات . تحت رقم / ١١٥٩ .

١١- حلية الأولياء وطبقات الأصفياء .
للحافظ أبى نعيم أحمد بن عبد الله الأصبهانى المتوفى سنة ٤٣٠هـ
الطبعة الثانية سنة ١٣٨٧هـ - سنة ١٩٦٧م .
الناشر : دار الكتاب العربى . بيروت. لبنان .

١٢- خلاصة تذهيب تهذيب الكمال في أسماء الرجال .
للامام العلامة الحافظ صفي الدين أحمد بن عبد الله الخزرجي الأنصاري المتوفى سنة ٩٢٣هـ .
الناشر: مكتب المطبوعات الاسلامية. حلب . الطبعة الثالثة سنة ١٣٩٩ هـ - سنة ١٩٧٩م.

١٣- الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب.
تأليف الامام برهان الدين ابراهيم بن علي بن محمد بن فرحون اليعمري المدني المالكي المتوفى سنة ٧٩٩هـ . دار الكتب العلمية. بيروت. لبنان .

١٤- ديوان الضعفاء والمتروكين وخلق من المجهولين وثقات فيهم لين .
تأليف الامام الحافظ شمس الدين بن عثمان بن قايماز الذهبي الدمشقي المتوفى سنة ٧٤٨هـ
حققه وعلق حواشيه حماد بن محمد الانصاري . نسخة عن المخطوط ونقطه محمد الديوي . نشر مكتبة النهضة الحديثة وطبع مطبعتها مكة المكرمة سنة ١٣٨٧هـ - سنة ١٩٦٧م.

١٥- طبقات الشافعية .
لأبي بكر بن هداية الله الحسيني . المتوفى سنة ١٠١٤هـ.
حققه وعلق عليه عادل نويهض. الطبعة الثانية سنة ١٩٧٩م.
منشورات دار الآفاق الجديدة. بيروت. لبنان .

١٦- طبقات الشافعية الكبرى.
لتاج الدين أبي نصر عبد الوهاب ابن تقي الدين السبكي المتوفى سنة ٧٧١هـ .
الطبعة الثانية ، دار المعرفة للطباعة والنشر والتوزيع . بيروت. لبنان .

١٧- طبقات الفقهاء .
للشيخ أبي اسحاق ابراهيم بن علي الشيرازي ، المتوفى سنة ٤٧٦هـ
دار الرائد العربي . الطبعة الثانية سنة ١٤٠١هـ - سنة ١٩٨١م
تحقيق احسان عباس.

١٨- الفتح المبين في طبقات الأصوليين .
تأليف الشيخ عبد الله مصطفى المراغي المتوفى سنة ١٣٦٤هـ.
الطبعة الثانية سنة ١٣٩٤هـ - سنة ١٩٧٤م .
الناشر: محمد أمين دمج وشركاه . بيروت - لبنان .

١٩- فضائل الصحابة.
للامام أبي عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل المتوفى سنة ٢٤١ هـ
حققه وخرج أحاديثه وصي الله بن محمد عباس.
الطبعة الأولى سنة ١٤٠٣هـ - سنة ١٩٨٣م .
مؤسسة الرسالة . بيروت .

٢٠- الفكر السامي في تاريخ الفقه الاسلامي .
تأليف محمد بن الحسن الحجوي الثعالبي الفارسي ولد سنة ١٢٩١ ،
وتوفي سنة ١٣٧٦هـ .
طبع على نفقة المكتبة العلمية لصاحبها الشيخ محمد سلطان
النمنكاني بالمدينة المنورة .
تحقيق وتعليق عبد العزيز بن عبد الفتاح القاري ،
طبع سنة ١٣٩٧هـ - سنة ١٩٧٧م .

٢١ - الفوائد البهية في تراجم الحنفية .
تأليف العلامة أبي الحسنات محمد عبد الحي اللكنوي الهندي
المتوفى سنة ١٣٠٤هـ مع التعليقات السنية على الفوائد
البهية للمؤلف المذكور .
عني بتصحيحه وتعليق بعض الزوائد عليه السيد محمد بدر الدين
أبو فراس النعساني .
دار المعرفة للطباعة والنشر . بيروت . لبنان .

٢٢- اللباب فى تهذيب الأنساب .
تأليف عز الدين ابن الأثير الجزرى المتوفى سنة ٦٣٠هـ.
دار صادر بيروت سنة ١٤٠٠هـ - سنة ١٩٨٠م. فى ثلاث مجلدات .

٢٣- معجم المؤلفين تراجم مصنفى الكتب العربية .
تأليف عمر رضا كحالة .
الناشر: مكتبة المثنى . بيروت. ودار احياء التراث العربى - بيروت .
لم تذكر سنة الطبع ولكن فى آخر مقدمة المؤلف قال : دمشق ٤ شعبان سنة ١٣٧٦هـ ، ٦ اذار سنة ١٩٥٧م.

٢٤- المغنى فى ضبط أسماء الرجال ومعرفة كنى الرواة والقابهم وأنسابهم .
للعلامة المحدث الشيخ محمد طاهر بن على الهندى المتوفى سنة ٩٨٦هـ .
الناشر : دار الكتاب العربى سنة ١٣٩٩هـ - سنة ١٩٧٩م.
بيروت - لبنان .

٢٥- ميزان الاعتدال فى نقد الرجال .
تأليف أبى عبد الله محمد بن أحمد بن عثمان الذهبى المتوفى سنة ٧٤٨هـ
تحقيق على محمد البجاوى . الطبعة الأولى سنة ١٣٨٢هـ - سنة ١٩٦٣م .
دار المعرفة للطباعة والنشر . بيروت. البنان .

٢٦- نزهة الألباء فى طبقات الأدباء .
لأبى البركات كمال الدين عبد الرحمن بن محمد الانبارى المتوفى سنة ٥٧٧هـ.
تحقيق محمد أبو الفضل ابراهيم .

٢٧- وفيات الأعيان وانباء ابناء الزمان .
لأبى العباس شمس الدين أحمد بن محمد بن أبى بكر بن خلكان - (٦٠٨-٦٨١هـ) .
تحقيق احسان عباس. دار صادر بيروت. سنة ١٣٩٨هـ - سنة ١٩٧٨.
لم تذكر الطبعة.

سابعا : اللغـــــــة :

١- اساس البلاغة .
لجار الله ابى القاسم محمود بن عمر الزمخشرى المتوفى سنة ٥٣٨هـ
طبع فى دار ومطابع الشعب بمصر، سنة ١٩٦٠م .

٢- أقرب الموارد فى فصح العربية والشوارد .
سعيد الخورى الشرتونى اللبنانى .
طبع فى مطبعة مرسلى اليسوعية ببيروت سنة ١٨٨٩م .

٣- تصحيح التنبيه .
للامام أبى زكريا يحيى بن شرف النووى المتوفى سنة ٦٧٦هـ
انظره بهامش التنبيه للشيرازى، فى مراجع الفقه رقم (١٨) .

٤- تهذيب الأسماء واللـــغات .
للعلامة الامام أبى زكريا يحيى بن شرف النووى الشافعى المتوفـــى
سنة ٦٧٦هـ .
انظره فى التراجم برقم (٨) .

٥- شرح ابن عقيل . على ألفية أبى عبد الله محمد جمال الدين بن مالـــــك
ومعه كتاب منحة الجليل . بتحقيق شرح ابن عقيل .
تأليف محمد محى الدين عبد الحميد .
الطبعة الثانية .

٦- شرح المفصّـــــل .
للعلامة موفق الدين يعيش ابن على بن يعيش النحوى
عالم الكتب - بيروت .

٧- الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية .
تأليف اسماعيل بن حماد الجوهرى .
تحقيق أحمد عبد الغفور عطار .
الطبعة الثانية سنة ١٤٠٢هـ - سنة ١٩٨٢م بالقاهرة .

٨- القاموس المحيط والقابوس الوسيط فى اللغة
للقاضى مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروزأبادى .
الطبعة الثانية بالمطبعة الحسينية المصرية سنة ١٣٤٤هـ.

٩- لسان العــــرب .
للامام أبى الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور الافريقــى المصرى .
دار صادر . بيروت .

١٠- مختــــار الصحاح .
تأليف محمد بن أبى بكر بن عبد القادر الرازى المتوفى سنة ٦٦٦هـ
الطبعة الأولى سنة ١٩٦٧هـ
الناشر: دار الكتاب العربى - بيروت - لبنان .

١١- المصباح المنير فى غريب الشرح الكبير للرافعى .
تأليف العالم العلامة أحمد بن محمد بن على المقرى الفيومى المتوفى سنة ٧٧٠هـ.
صححه على النسخة المطبوعة بالمطبعة الأميرية مصطفى الســـــقا .
دار الفكر.

١٢- معجـــــم النحــــو.
عبد الغنى الدقر.
الطبعة الثانية سنة ١٤٠٢هـ - سنة ١٩٨٢م.
الشركة المتحدة للتوزيع - بيروت - لبنان .

١٣- المفردات فى غريب القرآن .
تأليف أبى القاسم الحسين بن محمد المعروف بالراغب الاصفهانى المتوفى سنة ٥٠٢هـ.
تحقيق وضبط محمد سيد كيلانى .
دار المعرفة . بيروت . لبنان .

١٤- منحة الجليل بتحقيق شرح ابن عقيل .
محمد محي الدين عبد الحميد .
انظره بهامش شرح ابن عقيل . رقم (٥) .

١٥- النظم المستعذب في شرح غريب المهذب .
للعلامة محمد بن أحمد بن بطال الركبي .
انظره في المهذب للشيرازي ، رقم (٥٩) في مراجع الفقه .

١٦- النهاية في غريب الحديث والاثر .
للامام مجد الدين أبي السعادات المبارك بن محمد الجزري ابن الأثير المتوفى سنة ٦٠٦هـ .
تحقيق طاهر أحمد الزاوي ومحمود محمد الطناحي .
الناشر : المكتبة الاسلامية .

ثامنـــا : التاريـــخ :

١- الامامة والسياسة . ويعرف بتاريخ الخلفاء .
للامام أبي محمد عبد الله بن مسلم بن قتيبة الدينوري المتوفى سنة ٢٧٦هـ .
نشر دار المعرفة للطباعة . بيروت . لبنان .
تحقيق الدكتور طه محمد الزيني .

٢- البداية والنهايـة .
لأبي الفداء الحافظ ابن كثير توفي سنة ٧٧٤هـ
دار الفكر . بيروت .

٣- تاريخ الاسلام السياسي والديني والثقافي والاجتماعي
تأليف الدكتور حسن ابراهيم حسن .
الطبعة السابعة سنة ١٩٦٤م ، مكتبة النهضة العربية .

٤- تهذيب سيرة ابن هشام .
عبد السلام هارون .
الطبعة الخامسة سنة ١٣٩٧هـ - سنة ١٩٧٧م .
دار البحوث العلمية - الكويت .

٥- الخطط المقريزية .
تأليف : تقي الدين أحمد بن علي المقريزي المتوفى سنة ٨٤٥هـ .
طبعة بولاق سنة ١٢٧٠هـ تصدره دار التحرير للطبع والنشر بمصر .

٦- السيرة الحلبية في سيرة الامين المأمون انسان العيون .
تأليف علي بن برهان الدين الحلبي المتوفى سنة ١٠٤٤هـ - بيروت لبنان ١٤٠٠هـ - ١٩٨٠م .
توزيع دار الباز بمكة المكرمة .

٧- ضحى الاسلام .
تأليف أحمد أمين المتوفى سنة ١٣٧٣هـ .
الطبعة العاشرة سنة ١٩٦٩م .
الناشر: دار الكتاب العربي - بيروت - لبنان .

٨- ظهر الاسلام .
تأليف أحمد أمين المتوفى سنة ١٣٧٣هـ .
الطبعة العاشرة سنة ١٩٦٩م .
الناشر: دار الكتاب العربي . بيروت. لبنان .

٩- فجر الاسلام .
تأليف أحمد أمين المتوفى سنة ١٣٧٣هـ
الطبعة العاشرة سنة ١٩٦٩م .
الناشر : دار الكتاب العربي . بيروت. لبنان .

١٠- الكامل فى التاريخ .
عز الدين أبو الحسن على بن أبى الكرم . محمد بن محمد بن عبد الكريم بن عبد الواحد الشيبانى المعروف بابن الاثير المتوفى سنة ٦٣٠هـ.
دار صادر سنة ١٣٩٩ - سنة ١٩٧٩م.

١١- مقدمة ابن خلدون.
للعلامة عبد الرحمن بن محمد بن خلدون الحضرمى المغربى المتوفى سنة ٨٠٨هـ .
دار الفكر للطباعة والتوزيع . بيروت .

١٢- المنتظم فى تاريخ الملوك والأمم .
لأبى الفرج عبد الرحمن بن الجوزى المتوفى سنة ٥٩٧هـ.
الطبعة الأولى . مطبعة دائرة المعارف العثمانية بعاصمة حيدر آباد الدكن سنة ١٣٥٩هـ.

تاسعا : مراجع اخرى :

١ - أبجد العلوم . المسمى الوشى المرقوم فى بيان أحوال العلوم
تأليف صديق بن حسن القنوجى المتوفى سنة ١٣٠٧هـ.
منشورات وزارة الثقافة والارشاد القومى - دمشق سنة ١٩٧٨م.

٢ - اتحاد السادة المتقين بشرح احياء علوم الدين للغزالى .
تأليف : محمد بن محمد الحسينى الزبيدى . الشهير بمرتضى المتوفى سنة ١٢٠٥هـ .
دار احياء التراث العربى . بيروت. لبنان ،
بهامشه باحياء علوم الدين للامام أبى حامد الغزالى .

٣ـ احياء علوم الديــن .
للامام أبى حامد محمد بن محمد الغزالى المتوفى سنة ٥٠٥هـ
انظر: اتحاف المتقين . رقم (٢) .

٤ـ اختلاف الفقهاء .
تأليف الامام أبى جعفر محمد ابن جرير الطبرى المتوفى سنة ٣١٠هـ
الطبعة الثانية ، دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان .

٥ـ أسباب اختلاف الفقهاء .
للدكتور عبد الله بن عبد المحسن التركى .
مكتبة الرياض الحديثة بالرياض ، الطبعة الثانية سنة ١٣٩٧هـ -
سنة ١٩٧٧م .

٦ـ الانصاف فى التنبيه على المعانى والأسباب التى أوجبت الاختلاف بـين
المسلمين فى آرائهم .
للامام ابى محمد عبد الله بن محمد بن السيد البطليوسى ، المتوفى
سنة ٥٢١هـ .
دار الفكر بدمشق ، الطبعة الثانية سنة ١٤٠٣هـ - سنة ١٩٨٣م ،
بتحقيق الدكتور محمد رضوان الداية .

٧ـ ايضاح المكنون فى الذيل على كشف الظنون عن اسامى الكتب والفنون .
للعلامة اسماعيل باشا بن محمد أمين مير سليم البغدادى

انظر كشف الظنون . رقم (٢٤) .

٨ـ الايضاح والتبيان فى معرفة المكيال والميزان .
لابى العباس نجم الدين بن الرفعة الانصارى . المتوفى سنة ٧١٠هـ
تحقيق الدكتور محمد أحمد اسماعيل الخاروف .
طبع فى دار الفكر بدمشق سنة ١٤٠٠هـ - سنة ١٩٨٠م .
ضمن سلسلة التراث الاسلامى التى يقوم بنشرها مركز البحـث
العلمى بجامعة أم القرى .

٩ - تاريخ الأدب العربي .
لكارل بروكلمان الالماني .
نقله الى العربية الدكتور عبد الحليم النجار .
دار المعارف بمصر سنة ١٩٧٤م .

١٠ - تاريخ التشريع الاسلامي .
للشيخ محمد الخضري بيك المتوفى سنة ١٣٤٥هـ المفتش بوزارة المعارف المصرية .
مطبعة الاستقامة بالقاهرة ، الطبعة السابعة . سنة ١٩٦٠م .

١١ - تذكرة السامع والمتكلم في أدب العالم والمتعلم .
تأليف الامام شيخ المحدثين ومفتي المسلمين بدر الدين بن جماعة الكناني المتوفى سنة ٧٣٣هـ .
دار الكتب العلمية . بيروت . لبنان .

١٢ - التعريفات .
تأليف الشريف علي بن محمد الجرجاني المتوفى سنة ٨١٦هـ
ضبطه وصححه جماعة من العلماء باشراف الناشر .
الطبعة الأولى سنة ١٤٠٣هـ - سنة ١٩٨٣م دار الكتب العلمية بيروت . لبنان .

١٣ - جامع بيان العلم وفضله وما ينبغي روايته وحمله .
لأبي عمر يوسف بن عبد البر النمري القرطبي المتوفى سنة ٤٦٣هـ .
صححه وراجع أصوله عبد الرحمن محمد عثمان .
نشر المكتبة السلفية بالمدينة المنورة لعبد المحسن الكتبي .
مطبعة العاصمة بمصر .
الطبعة الثانية سنة ١٣٨٨ - سنة ١٩٦٨م .

١٤ - حجة الله البالغة .
للامام الشيخ أحمد المعروف بشاه ولي بن عبد الرحيم المحدث الدهلوي المتوفى سنة ١١٧٦ هـ .
دار المعرفة للطباعة والنشر . بيروت . لبنان .

١٥ـ الحيـــوان .
لأبي عثمان عمرو بن بحر الجاحظ المتوفى سنة ٢٥٥هـ
بتحقيق وشرح عبد السلام محمد هارون .
الطبعة الثالثة . المجمع العلمي العربي الاسلامي . بيروت. لبنان .

١٦ـ دائرة المعارف الاسلاميـة .
تأليف مجموعة من المؤلفين صدرت بالالمانية والانجليزية والفرنسية
ثم ترجمت الى العربية ، واعتمد في الترجمة على الاصلين الانجليزى
والفرنسـى .
طبعت في طهران ـ بوذ رجمبرى . انتشارات جهان .

١٧ـ دائرة معارف القرن العشرين .
تأليف محمد فريد وجدى المتوفى سنة ١٣٧٣هـ.
الطبعة الثالثة سنة ١٩٧١م. دار المعرفة للطباعة والنشـر،
بيروت. لبنان .

١٨ـ دراسات في الفقه الاسلامى .
د . محمد ابراهيم أحمد على .
مطابع الصفا بمكة المكرمة. لم تذكر الطبعة ولا سنتها . وهو مـن
ضمن سلسلة مطبوعات مركز البحث العلمي بجامعة أم القـرى
بمكـة .

١٩ـ السنة ومكانتها في التشريع الاسلامى .
تأليف مصطفى السباعى المتوفى سنة ١٣٨٤هـ .
الطبعة الثانية سنة ١٣٩٨هـ ـ سنة ١٩٧٨م. المكتب الاسلامى .

٢٠ـ الفقيه والمتفقـه .
للحافظ المؤرخ أبي بكر أحمد بن على بن ثابت الخطيـب
البغدادى المتوفى سنة ٤٦٣هـ.
قام بتصحيحه والتعليق عليه الشيخ اسماعيل الانصارى .
دار احياء السنة النبوية سنة ١٣٩٥هـ ـ سنة ١٩٧٥م.

٢١ ـ فهرس المخطوطات المصورة .
فؤاد السيد . أمين المخطوطات بدار الكتب المصرية .
دار الرياض للطبع والنشر بالقاهرة . سنة ١٩٥٤م .

٢٢ ـ فهرس مخطوطات المكتبة الغربية بالجامع الكبير بصنعاء .
اعداد : أحمد محمد عيسوى ، ومحمد سعيد الملح .
طبع باشراف منشأة المعارف بالاسكندرية . مطبعة اطلس القاهرة .
سنة ١٩٧٨م .

٢٣ ـ فهرس المكتبة الوطنية بباريس .
للبارون دى سلان .

٢٤ ـ كشف الظنون عن أسامى الكتب والفنون .
للعالم مصطفى بن عبد الله الشهير بحاجى خليفة المتوفى سنة ١٠٦٧هـ .
مكتبة المثنى ـ بيروت .
اعادت طبعة بالأوفست منشورات مكتبة المثنى ـ بغداد .

٢٥ ـ مجموع فتاوى شيخ الاسلام أحمد بن تيمية .
جمع وترتيب عبد الرحمن بن محمد بن قاسم العاصمى البخرى
الحنبلى المتوفى سنة ١٣٩٢هـ . وساعده ابنه محمد .
الطبعة الثانية . طبع بأمر من صاحب السمو الملكى فهد بن
عبد العزيز . فى سبع وثلاثين مجلدة .

٢٦ ـ مجموع مهمات المتون .
يشتمل على ستة وستين متنا فى مختلف الفنون والعلوم .
مطبعة مصطفى البابى الحلبى بمصر . الطبعة الرابعة سنة ١٣٦٩هـ
ـ سنة ١٩٤٩م .

٢٧ ـ مجموعة الرسائل المنيرية .
جمعها الشيخ محمد منير الدمشقى المتوفى سنة ١٣٦٧هـ .
دار احياء التراث العربى . بيروت ، لبنان .
تصحيح ونشر وتعليق ادارة الطباعة المنيرية .

٢٨ ـ مجموعة فتاوى شيخ الاسلام ابن تيمية الحرانى .
لشيخ الاسلام تقى الدين أحمد بن عبد الحليم الحرانى الدمشقى المتوفى سنة ٧٢٨هـ
طبع بمعرفة حضرة الشيخ فرج الله زكى الكردى الأزهرى ، فى خمس مجلدات بمطبعة كردستان العلمية بمصر سنة ١٣٢٦هـ.

٢٩ ـ المدخل لدراسة الشريعة الاسلامية .
للدكتور عبد الكريم زيدان .
مؤسسة الرسالة ـ مكتبة القدس . الطبعة الخامسة سنة ١٣٩٦ هـ ـ سنة ١٩٧٦م . بيروت .

٣٠ ـ مراصد الاطلاع على أسماء الأمكنة والبقاع .
لصفى الدين عبد المؤمن بن عبد الحق البغدادى . المتوفى سنة ٧٣٩هـ
وهو مختصر معجم البلدان لياقوت الحموى .
تحقيق على محمد البجاوى ،
دار احياء الكتب العربية ، عيسى البابى الحلبى . الطبعة الأولى سنة ١٣٧٣هـ ـ سنة ١٩٥٤م .

٣١ ـ مصطلحات الفقه الحنبلى ، وطرق استفادة الأحكام من الفاظه .
للدكتور سالم على الثقفى .
الطبعة الأولى سنة ١٣٩٨ هـ ـ سنة ١٩٧٨م . دار النصر للطباعة الاسلامية بالقاهرة .

٣٢ ـ معجم البلدان .
للامام شهاب الدين أبى عبد الله ياقوت بن عبد الله الحموى الرومى البغدادى المتوفى سنة ٦٢٦هـ.
دار صادر ، بيروت ، سنة ١٣٩٩هـ ـ سنة ١٩٧٩م .

٣٣ ـ معجم المطبوعات العربية والمعربة (من ظهور الطباعة الى سنة ١٣٣٩ هـ سنة ١٩١٩م) .
ليوسف اليان سركيس
مطبعة سركيس بمصر سنة ١٣٤٦هـ ـ سنة ١٩٢٨م .

٣٤ ـ المعجم المفهرس لألفاظ القرآن الكريم .
وضعه محمد فؤاد عبد الباقى المتوفى سنة ١٣٨٨هـ
القاهرة . مطبعة دار الكتب المصرية سنة ١٣٦٤هـ .

٣٥ ـ مفتاح السعادة ومصباح السيادة ، فى موضوعات العلوم .
تأليف : أحمد بن مصطفى الشهير بطاشكبرى زاده المتوفى
سنة ٩٦٨ هـ
مراجعة وتحقيق كامل بكر . وعبد الوهاب أبو النور .
دار الكتب الحديثة بمصر . مطبعة الاستقلال الكبرى .
لم تذكر سنة الطبع ولا الطبعة .

٣٦ ـ هدية العارفين اسماء المؤلفين وآثار المصنفين .
تأليف اسماعيل باشا البغدادى . المتوفى سنة
انظر كشف الظنون . رقم (٢٤) .

الفهـــــارس :

١- فهرس الآيات .

٢- فهرس الأحاديث .

٣- فهرس الآثار .

٤- فهرس الأعلام .

٥- فهرس الموضوعات .

أولا : فهـــرس الآيـــات :(١)

الآيـــة	الصفحـــة
اتخذوا أحبارهم ورهبانهم ..	٢٤٩ د
اذهبوا بقميصي هذا ...	٧٩٣ هـ
اسمع بهم وأبصر ...	٢٧٢ د
الا ان تكون تجارة عن تراض منكم ...	٦٩٢
الا أن يعفون ...	٧٣
الله نور السموات والأرض ...	٢٧١ د
ان الله يأمر بالعـــدل والاحسان ...	١٢١٣ هـ
ان الله يأمركم أن تؤدوا الامانات الى أهلها ..	١٠٠٧ هـ
ان تتقوا الله يجعل لكم فرقانا ...	٤٣ د هـ
ان جاءكم فاسق بنبأ ...	٦٧، ٢٩٤
ان عذابها كان غراما ...	٦٠٦
ان الذين فرقوا دينهم وكانوا شيعا ...	٢٥٠ د
ان لك ان لا تجوع فيها ولا تعرى ...	٢٨٨ د
ان المبذرين كانوا اخوان الشياطين ...	٦٣٦
ان انشأناهن انشاء ...	٣٧ د
انا نحن نزلنا الذكر وانا له لحافظون ...	٢١٤ د هـ
انك ميت وانهم ميتون ...	٢٠٩ د
انما الحكم الله ...	٢٩٤
انما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ...	٢٦٦ د
انما الخمر والميسر والانصاب ...	٥٠٧

(١) حرف الدال يراد به قسم الدراسة. والهاء يراد به الهامش.

الآية	الصفحة
انما الصدقات للفقراء والمساكين	١١٩٧-١٥٧٨ هـ
بل مكر الليل والنهار اذ تأمروننا . . .	٢٧١ د
تتجافى جنوبهم عن المضاجع . . .	٩١٩ هـ
ثانى اثنين . . .	٣٨٢
ثم اتموا الصيام الى الليل . . .	٤٠
ثم الله شهيد على ماتفعلون . . .	١٤٤٩
خلق الزوجين الذكر والانثى . . .	٢٣٣
ربما يود الذين كفروا لو كانوا مسلمين . . .	٢٧٣ د
ربنا لا تجعلنا فتنة للقوم الظالمين . . .	٢٤٩ د
ضرب الله مثلا عبدا مملوكا . . .	٧٦٤
ضرب لكم مثلا من أنفسكم . . .	٧٦٣
عسى أن يبعثك ربك مقاما محمودا . . .	٢٧٤ د
فابعثوا أحدكم بورقكم هذه . . .	٧٩٣ هـ
فابعثوا حكما من أهله . . .	٧٩٣ هـ
فاذا احصن فان اتين بفاحشة . . .	٢٣٨
فاذا دفعتم اليهم أموالهم . . .	١٤٣٣
فاذنوا بحرب من اللهورسوله . . .	٧٦١ هـ
فان ارضعن لكم فاتوهن اجورهن . . .	٨٥٤ هـ
فان أمن بعضكم بعضا . . .	١٤٣٣
فان طبن لكم عن شئ منه نفسا . . .	١٣٠٨ هـ
فان كان الذى عليه الحق سفيها أو ضعيفا . . .	٦١٤هـ، ٦٣١ هـ

الآيـــة	الصفحـــة
فان لم تعلموا اباءهم فاخوانكم فى الدين . . .	١٥٠٣
فانكحوا ما طاب لكم من النساء . . .	١٣٩
فبدت لهما سوآتهما . . .	٢٨٨
فرهان مقبوضة . . .	٤٧٨
فزيلنا بينهم . . .	٦١
فلا اقتحم العقبة . . .	١٤٣٤ هـ
فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره . . .	٢٩٤
فلا تغرنكم الحياة الدنيا . . .	١٠٠٦
فلا تموتن الا وانتم مسلمون . . .	٢٧٥ د
فلم تقتلوهم ولكن الله قتلهم . . .	٩١٩ هـ
فلما جهزهم بجهازهم . . .	١٢٧٠ هـ
فما تنفعهم شفاعة الشافعين . . .	٢٧٥ د
فول وجهك شطر المسجد الحرام . . .	٣٧٩
فهم شركاء فى الثلث . . .	٧١١ هـ
قالوا ياشعيب اصلاتك تأمرك . . .	٢٧٣ د
قل من حرم زينة الله التى اخرج لعباده . . .	٦٣٦
قلنا احمل فيها من كل زوجين اثنين . . .	٣٦ د هـ
كتب عليكم اذا حضر احدكم الموت . . .	١٣٤٠ هـ
كلا بل ران على قلوبهم . . .	٣٥٦ د هـ
لئلا يكون للناس عليكم حجة . . .	٣٦٤
لاعذبنه عذابا شديدا . . .	١٤٧٨ هـ
لا يكلف الله نفسا الا وسعها . . .	٨٠٤ هـ
لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم فى الدين . . .	١٣٥٧
لعمرك انهم فى سكرتهم يعمهون . . .	١٣٣٦

لقد رضى الله عن المؤمنين اذا يبايعونك تحت الشجرة . . . ٣٦٦

لله ما فى السموات وما فى الأرض وان تبدو ما فى أنفسكم . . . ٨٠٤هـ

للوالدين والاقربين . . . ١٣٦٠

لن ارسله معكم حتى تؤتون موثقا من الله . . . ٧٠٥

لن تنالوا البر حتى تنفقوا مما تحبون . . . ١٢٧٨

لو تزيلوا لعذبنا الذين كفروا . . . ٥٢٢

لو خرجوا فيكم مازادوكم الا خبالا . . . ١٣٠٢هـ

ليس كمثله شئ . . . ٧١ د هـ - ٩٨ د

ما جعل الله من بحيرة . . . ١٢٩٠ هـ

ما ننسخ من آية أو ننسها . . . ٢٨٩ د

محمد رسول الله والذين معه أشداء على الكفار . . . ٣٨ د

من بعد وصية يوصى بها أو دين . . . ١٣٤٩هـ

من كان عدوا لله وملائكته . . ١٣٦١

من كل زوجين اثنين . . . ٢٣٣

من ورائه جهنم ويسقى من ماء صديد . . ١٠٠ هـ

وآتوا النساء صدقاتهن نحلة . . . ١٣١٩هـ

وآتوهم من مال الله الذى آتاكم " ١٥٢٦هـ ، ١٥٧٧ هـ ، ١٥٧٨ ، ١٥٧٩ هـ

وآتى المال على حبه . . . ١٣٠٨هـ

واخرون يضربون فى الأرض . . . ٧٤٥هـ

وابتلوا اليتامى فان انستم منهم رشدا . . . ٦١٤ هـ

وابتلوا اليتامى حتى اذا بلغوا النكاح . . . ٣٩٧

واتقوا الله ويعلمكم الله . . . ٤٣ د هـ

وافعلوا الخير . . . ١٢٥٥ هـ

واللاتى تخافون نشوزهن فعظوهن . . . ٩٥٦هـ

الآية	الصفحة
والذين يبتغون الكتاب مما ملكت ايمانكم . . .	١٥٢٤ هـ
والذين يرمون المحصنات . . .	٢٧٠
والله يقبض ويبسط . . .	١٧٧
وان اسأتم فلها . . .	٣٣٩
وان طلقتموهن من قبل ان تمسوهم . . .	٧٣
وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة . . .	٦٠٨ ، ٦١٠ ، ١٤٣٥
وان كثيرا من الخلطاء ليبغى بعضهم على بعض . . .	٧١١هـ
وان ليس للانسان الا ماسعى . . .	١٤٣٦ هـ
وأوحى الى هذا القرآن . . .	٨٠٣ هـ
وأورثكم أرضهم وديارهم . . .	٥٨٨
وأيديكم الى المرافق . . .	٤٠
وتعاونوا على البر والتقوى . . .	٧٩٣هـ ، ٩٩٠ ، ١٢١٣هـ ، ١٢٥٥ هـ
وربائبكم اللاتى فى حجوركم . . .	٢٩٣
ورفعنا بعضهم فوق بعض درجات . . .	٢٠٧ ن
والسارق والسارقة فاقطعوا ايديهما . . .	٦٧ ، ١٠٨٠
والصلح خير . . .	٦٣٩ هـ
وطعام الذين آوتوا الكتاب حل لكم . . .	٦٨
وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن . . .	٩٣٦
وقلنا ياآدم اسكن انت وزوجك الجنة . . .	٧٥٨ هـ
وقولوا حطة . . .	٢٧٢ ، ٣٠٦
وقولهم انا قتلنا المسيح عيسى بن مريم . . .	٢٦٩ ن
ولا تأكلو أموالكم بينكم بالباطل . . .	١٠٣٤ هـ
ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه . . .	١١١٢
ولا تقربوا مال اليتيم . . .	٦٢٥ ، ٨١٦
ولا تقل لهما اف . . .	٥٨٩
ولا تنسوا الفضل بينكم . . .	٨٢٠ هـ
ولا تؤتوا السفهاء أموالكم . . .	٦٣١

الآيــة	الصفحــة
ولا يجرمنكم شنآن قوم ...	٧١
ولا يضار كاتب ولا شهيد ...	٢٦٨ ن
ولكم نصف ما ترك أزواجكم ...	٥٨٨
ولله على الناس حج البيت ...	١٠٩٨ هـ
ولم يكن له كفوا أحد ...	٩٨ ن
ولمن جاء به حمل بعير ...	٦٨٥
ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا ...	٢٨ ، ١٤٧١هـ ، ١٦٠٣ هـ
ولهم أعمال دون ذلك هم لها عاملون ...	٧٤ هـ ن
ولهم اللعنة ...	٣٣٩
ولهم ما يدعون ...	١٢٧١
ولهن مثل الذى عليهن بالمعروف ...	٥١
والوالدات يرضعن أولادهن ...	٢٧٢ ن
ولو جعلناه ملكا لجعلناه رجلا ...	١٣٠٢هـ
ولو شئنا لآتينا كل نفس هداها ...	٢٧٢ هـ
ولو شاء ربك لآمن من فى الأرض كلهم جميعا ...	٢٧٣ ن
ولو شاء ربك لجعل الناس أمة واحدة ...	٢٠٧ ن
والمسجد الحرام الذى جعلناه للناس سواء العاكف فيه والباد ...	٣٧٩
وما تفرق الذين أوتوا الكتاب الا ...	٢٤
وما كفر سليمان ولكن الشياطين كفروا ...	٦٦ ن
وما محمد الا رسول قد خلت من قبله الرسل ...	٢٠٩ ن
وما ينطق عن الهوى ...	٢٨٩ ن
ومن أظلم ممن كتم شهادة عنده من الله ...	٦٩ ن
ومن لم يستطع منكم طولا ...	٣٨٨ ن
ومن يكفر بالله وملائكته ...	٢٣٤
وهذا بعلى شيخا ...	٧٥٨ هـ
وهو أهون عليه ...	٥٨٩
ويقولون حجرا محجورا ...	٦١٤ هـ

الآيـــة	الصفحـــة
ويل للمطففين . . .	١٠٣٤ هـ
ويمنعون الماعون . . .	٩٩٠ هـ
ويؤثرون على أنفسهم ولو كان بهم خصاصة . . .	١٨ د
يا أيها الرسل كلوا من الطيبات واعملوا صالحا . . .	٢٤ د
يا أيها الناس اتقوا ربكم . . .	١٢٦٤
يا أيها الذين آمنوا اذا تداينتم بدين . . .	٤٠٩
يا أيها الذين آمنوا اذا جاءكم المؤمنات مهاجرات فامتحنوهن	٢٨، ١١٩٦
يا أيها الذين آمنوا صلوا عليه وسلموا تسليما . . .	٣٦٦ د
يا أيها الذين آمنوا كلوا من طيبات ما رزقناكم . . .	٢٤ د
يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا الربا اضعافا مضاعفة . . .	١٥٨٦ هـ
يا أيها الذين آمنوا لا تتخذوا اليهود والنصارى أولياء . . .	٢٢٥
يعرفونه كما يعرفون أبناءهم . . .	١٢٧٣
يمحو الله ما يشاء ويثبت . . .	٢٨٨ د
يهب لمن يشاء اناثا . . .	١٣٠٨ هـ
يود احدهم لو يعمر ألف سنة . . .	٤١ د هـ
يوصيكم الله فى أولادكم . . .	١٢٨٧ هـ ، ١٣٤٧
اليوم اكملت لكم دينكم وأتممت عليكم نعمتى . . .	٢١٤ هـ

ثانيـــا : فهرس الأحاديـــث :

الأئمة من قريش .	٢١٠ د
ابدء بنفسك فتصدق عليها .	٧٥٣
ابغض الحلال الى الله عز وجل الطلاق .	١٤٨٢ هـ
اتحب ان يقوسك الله بقوس من نار :	٩٠٩
اتى رسول الله عام خيبر بقلادة فيها خرز	١٠٣
اتى بجنازة ليصلى عليها ، فقال : هل عليه دين؟	٦٨٥هـ، ٦٩٦
اجاز النبى صلى الله عليه وسلم العمرى وابطل الرقبى	١٣٣٧
اجتنبوا السبع الموبقات . . .	٦٥
ادركهما وارتجعهما ولا تفرق بينهما .	٤٠٦
اد الامانة الى من ائتمنك . . .	١٠٠٧هـ
ادى النبى صلى الله عليه وسلم من ابل الصدقة .	٤٢٨
اذا اتتك رسلى فاعطهم كذا . . .	٩٩٣
اذا احب الله عبدا نادى جبريل . . .	٢٥ د
اذا اختلف البيعان فالقول ما قال البائع . .	٢٩٤
اذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة . . .	٢٩٢
اذا اختلف المتبايعان والمبيع مستهلك . .	٢٩٥
اذا انتبعت فقل : لا خلابة .	٤٥
اذا بلغ المولود خمس عشرة سنة . . .	٦١٥
اذا تبايع الرجلان فكل واحد منهما بالخيار . . .	٢٥
اذا زنت امة أحدكم فليبعها . . .	٨١٩
اذا فاوضتم فاحسنوا المفاوضة	٧٣٧
اذا قهقه اعاد الوضوء الصلاة	٢٠٣
اذا كان عند مكاتب احداكن ما يؤدى فلتحتجب منه	١٥٢٤ هـ
اذا مات الانسان انقطع عمله الا من ثلاثة .	١٢٧٨هـ
اذا نسى فاكل أو شرب فليتم صومه . . .	٢٠٣
أرأيت اذا منع الله الثمرة . . .	١٦٠

ارخص النبى صلى الله عليه وسلم فى بيع العرايا . . . ١٧١
استأجر النبى وأبو بكر من بنى الديل . . . ٨٥٤ هـ
استسلف رسول الله صلى الله عليه وسلم بكرا ورد رباعيا . . . ٤٤٠
استعار النبى صلى الله عليه وسلم درعا من صفوان يوم حنين ٩٩٢
اشترى النبى صلى الله عليه وسلم من اعرابى حمل خبط . . . ٢٧
اشتري واشترطى لهم الولاء . ٢٧٧ ر
اشتريت يوم خيبر قلادة باثنى عشر دينارا . . . ١٠٥
اشتريها واشترطى لهم الولاء . ٣٣٧
اعتمر رسول الله صلى الله عليه وسلم عمرة فى رجب . . . ٢٦٢ ر
اعرف عفاصها ووكاءها . . . ١٢١٦
اعطوا الأجير اجره قبل أن يجف رشحه . . . ٨٥٩
اقركم على ذلك ماشئنا . . . ٩٨٢
اقرؤوا القرآن ولا تغلوا فيه . . . ٩٠٧
اكل تمر خيبر هكذا . . . ٨٤، ٢٨٧
اكل ولدك اعطيته . . . ١٣١٩
اللهم استجب لسعد اذا دعاك . ٢٣ ر هـ
امرت ان اقاتل الناس حتى يشهدوا . . . ١١٢ر هـ، ٢٣٣ ر
امر رسول الله صلى الله عليه وسلم البائع ان يستحلف . . ٣٠٩
امر النبى صلى الله عليه وسلم عبد الله بن عمر أن يجهز جيشا . . . ٩٤
امرنى النبى صلى الله عليه وسلم أن اجهز جيشا . . . ٤٢٧
اما خالد فقد ظلمتوه ، فانه حبس ادرعه . . . ١٢٩٧
انا ثالث الشريكين مالم يخن احدهما صاحبه . . . ١١٧هـ
انا معاشر الانبياء لا نورث . . . ٢١٠ ر
انا وارث من لا وارث له . . . ١٣٨٨
انت احق بشفعة جارك . . . ١١٣٢
انت أمين فى أهل الأرض امين فى أهل السماء . . . ٨
انت ومالك لأبيك . . . ١٨٢، ١٦٢٠هـ
انسأ الله فى أجله . . . ٩٣
انظر الى وجهها فانه احرى أن يؤدم بينكما . . . ١١

انما أنا بشر مثلكم وانكم تختصمون الىّ . . . ٢٥٩

انما بعثت لا تمم مكارم الأخلاق . . . ٣٨ د

انما البيع عن تراض . . . ٦٩٢

انما جعل رسول الله صلى الله عليه وسلم الشفعة فى كل مالم يقسم . . ١١٢٣

ان احق ماأخذ تم عليه اجرا كتاب الله . . . ٩٠٨

ان الأنبياء يدفنون حيث يقبضون . . . ٢١٠ د

ان تصدق وانت صحيح شحيح . . . ١٧ د

ان تؤمن بالله وملائكته وكتبه ورسله . . . ٢٣٥ د

ان الله خلق آدم على صورته . . . ٢٨٤ د

ان دماءكم وأموالكم حرام عليكم . . . ١٠٣٤ هـ

ان رجلا اشترى نخلا قد ابرها صاحبها . . . ١٤٩

ان رجلا اعتق ستة اعبد عند موته لم يكن له غيرهم . . . ١٤٥٣

ان رجلا جعل لرجل سهما من ماله على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم . ١٣٦٥

ان رجلا دبّر غلاما ليس له مال غيره فقال النبى : من يشتريه منى . . ١٥٠٩ هـ

ان رجلا رهن فرسا فنفق . . . ٥٨٠

ان رجلا سأل زيد بن ثابت ماعراياكم هذه . . . ١٧٣

ان رجلا كان على عهد النبى صلى الله عليه وسلم يبتاع وفى عقدته ضعف . ٦٣١

ان رجلا وقف ، فابطله النبى صلى الله عليه وسلم . . . ١٢٨٩

ان رجلين اختصما الى النبى صلى الله عليه وسلم فى مواريث قد تدارست . ٢٥٩

ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى فى عين الفرس بربع ثمنه . ١٠٣٧ هـ

ان شئت حبست اصلها وتصدقت بها . . . ١٢٨٠

ان قتل زيد فجعفر . . . ٧٩٥ هـ

ان المسافر ومتاعه لعلى قلت . ١٠١٠

ان المؤمن اذا اذنب كانت نكتة سوداء في قلبه . . . ٣٥٦ د

ان النبى صلى الله عليه وسلم حجر على معاذ وباع ماله فى دين كان عليه ٥٨٦

ان النبى صلى الله عليه وسلم حمى النقيع وقال : لا حمى الا لله ولرسوله ١٢٠٤

ان النبى صلى الله عليه وسلم قسم أرض خيبر على ستة وثلاثين . . . ٩٨٢

ان النبى صلى الله عليه وسلم مسح على ناصيته . . . ٦١٧

ان هذا البلد حرمه الله عز وجل يوم خلق السموات والأرض . . . ١٢٣٢
انهم يبكون عليها وانها تعذب فى قبرها . . . ٢٦٢ د
ان يكن الشؤم ففى ثلاث : الدار والمرأة والفرس . . . ٢٨٥ د
الايتاء ربع الكتابة . ١٥٧٩
ايما امرئ ، هلك وعنده متاع امرئ بعينه قبض من ثمنه شيئا . . . ٥٩٢
ايما رجل ابتاع من رجل بيعا . . . ٢٥ ، ٢٦
ايما رجل مات أو افلس فصاحب المتاع احق بمتاعه . . . ٥٨٧
ايما رجل ولدت أمته منه فهى معتقة عن دبر منه . . ١٦١٢ هـ
ايها الناس : ان الله طيب لا يقبل الا طيبا . . . ٨٩٥ هـ

(ب)

باع النبى صلى الله عليه وسلم سرّق فى دين كان عليه . . . ٧٩٢ هـ
بعث النبى صلى الله عليه وسلم عبد الله بن رواحه فخرص عليهم (اليهود) ٩٨١
بشروا ولا تنفروا ويسروا ولا تعسروا . . . ٣٧ د
بنى الاسلام على خمس . . . ٢٣٣ د
البيعان بالخيار مالم يتفرقا . . . ٢٣ ، ٤١٨
بيعوا الذهب بالفضة يدا . . . ٨٧

(ت)

تبايعونى على أن لا تشركوا بالله شيئا . . . ٩٢٣
تصدقوا ، فتصدق الناس عليه . . . ٦٠٨
تعرض الفتن على القلوب كالحصير عودا عودا . . . ٣٥٦
تفرقت اليهود على احدى وسبعين فرقة . . . ٢٠٧ د هـ
تمرة طيبة وماء طهور . . . ٢٠٢
توفى رجل منا فاتينا النبى صلى الله عليه وسلم ليصلى عليه فقال : عليه دين . . ٦٩٤
توفى رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبو بكر وعمر وربا ع مكة تدعى السوائل ٣٨٢

(ث)

ثلاثة انا خصمهم يوم القيامة . . . ٥٣٠

(ج)

جاء رجل الى النبى صلى الله عليه وسلم فقال : ان بنى فلان اسلموا . . ٤١٢
الجار احق بشفعة جاره ينتظر بها . . . ١١٣٠
الجار احق بصقبه . . . ١١٢٨
جاء محمد ببيع الحبس . . . ١٢٨٩
جعل عبدالله بن زيد حائطا له صدقة ، جعله الى رسول الله فاتى أبواه ... ١٢٩٠

(ح)

حجر النبى صلى الله عليه وسلم على معاذ . . . ٥٩٩
حرم الله مكة ، فلا تحل لاحد قبلى . . ٣٨٥
حريم البئر اربعون ذراعا . . . ١٢٠٢
حق الجوار أربعون دارا . . . ١٣٥٠
الحيوان واحد باثنين لا يصلح نسيئة . . . ٩٧

(خ)

الخليط أحق من الشفيع ، والشفيع أحق من غيره . . ١١٢٩

(د)

دفع النبى صلى الله عليه وسلم الى حكيم بن حزام دينارا ليشترى به شاة ٣٢٤
دفع النبى صلى الله عليه وسلم الى عروة البارقى دينارا ليشترى به شاة ٣٢٥
دفع النبى صلى الله عليه وسلم لعروة البارقى دينارا وقال : ائت الجلب ٨٣٣

(ذ)

الذهب بالذهب ، والفضة بالفضة . . . ٦٠٠

(ر)

رأس الدين النصيحة . . . ٨١٧
الرقبى ان يقول الانسان : هذه للآخر منى ومنك . . ١٣٣٧
الرقبى والعمرى سواء . . . ١٣٣٨
الرهن بما فيه . . . ٥٧٩
الرهن محلوب ومركوب . . . ٥١٢

الرهن يركب بنفقته اذا كان مرهونا . . . ٥١٣
روى ان النبي صلى الله عليه وسلم باع خدمة المدبر . . ١٥١٢

(ز)

زار النبي صلى الله عليه وسلم قوما فقدموا شاة مصلية فتناول منها لقمة ١١٠٠
زوج النجاشي النبي صلى الله عليه وسلم بام حبيبة وكتب اليه فقبله ٣٢٨

(س)

سئل النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الرطب بالتمر . . ١١٦
ساقى النبي صلى الله عليه وسلم يهود خيبر عن تلك الأموال على الشطر ٩٧٩
سبق درهم مائة ألف درهم . . ١٩ د

(ش)

الشفعة كنشطة العقال . ١١٦٥
الشفعة لمن واثبها . . . ١١٦٥

(ص)

الصلح جائز بين المسلمين . . . ٥٩، ٦٣٩ هـ

(ط)

الطلاق لمن أخذ بالساق . ٥١٤

(ع)

عادني النبي صلى الله عليه وسلم فقلت: اوصى بمالي كله . . ١٢٨٨هـ
عامل النبي صلى الله عليه وسلم أهل خيبر بشطر مايخرج منها . . ٩٧٨هـ، ٩٨٠
عرض ابن عمر على رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم أحد . . . ٦١٦
عرض عطية القرظي على النبي صلى الله عليه وسلم يوم قريظة فشكوا فيه . ٦٢٠
عرفها عاما فعرفتها (أبي بن كعب) ١٢١٨

(غ)

غضب عثمان على عبد له فقال: لأعاقبنك ولأكاتبنك على نجمين . . (أثر) ١٥٢٥

(ف)

فانما الولاء لمن اعتق . . ١٥٠٤ هـ
فى الابق اربعون دينارا . . ١٢٤٩

(ق)

القاتل لا يرث . ١٣٤٨ هـ
قتل خالد بن الوليد قوما اعتصموا بالسجود . . . ٢٦٠
قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالشفعة . . . ٥٧
قضى بالشفعة فيما لم يقسم . . . ١١٢٤
قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالشفعة فى كل شركة . . ١١٥٩ هـ
قضى النبى صلى الله عليه وسلم فى رجل مات أو افلس . . ٥٩٠
قوم عليه ، ثم عتق . . ١٤٤٨

(ك)

كان فزع بالمدينة فاستعار النبى صلى الله عليه وسلم فرسا من أبى طلحة ٩٩٠ هـ
كان النبى صلى الله عليه وسلم يركب حمارا ويجيب دعوة العبد . ٧٧١
كانوا يبتاعون الطعام جزافا على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم . . ١٨٨
كانوا يرهنون ويشترطون انه اذا لم يقضه الدين . . . ٤٨٤
كلها فانك ذو حاجة . . . ١٢١٩

(ل)

لا بأس ان يصانع الرجل عن نفسه وماله . . ٨١٥ هـ
لا بأس بالحيوان واحدا باثنين يدا بيد . . ٩٧
لا تبيعوا الدينار بالدينارين . . ٨١
لا تبيعوا الصاع بالصاعين . . . ٨١
لا تدخل الجنة عجوز . . . ٣٧ د
لا تزول قدما عبد يوم القيامة . . . ٢٧ د هـ
لا تصروا الابل والغنم . . . ٥٦، ١٩٩
لا تلقوا الركبان للبيع . . . ١٩٩
لا تنكح المرأة على عمتها . . . ١٤٦٦
لا جلب ولا جنب ولا شغار . ١٣٧

لا حبس بعد سورة النساء .	١٢٨٧
لا ربا بين المسلم والكافر فى دار الحرب	١٣٦
لا صاعى تمر بصاع ، ولا صاعى حنطة بصاع . . .	٨١
لا ضرر ولا ضرار .	٨١٦ ، ٦١٠
لا غرم على السارق اذا اقيم عليه الحد .	١٠٨٠
لا وصية لقاتل .	١٣٤٦
لا وصية لوارث .	١٣٧٨
لا يأخذن أحدكم متاع صاحبه لاعبا . . .	١٠٨٨
لا يبع على بيع أخيه . . .	٣٨٤
لا يجزى ولد والده الا ان يجده مملوكا فيشتريه فيعتقه . . .	٣٤٦
لا يحل بيع بيوت مكة ولا اجارتها .	٣٨٠
لا يحل بيع ماليس عندك ولا ربح مالم يضمن .	١٨٠
لا يحل بيع ثمن الكلب .	٣٦٢
لا يحل سلف وبيع ولا شرطان فى بيع . . .	٨٩٥ هـ
لا يحل لامرئ يبيع سلعة يعلم انبها داء الا اخبر به . . .	٢٥٢
لا يحل لرجل ان يعطى عطية أو يهب هبة فيرجع فيها .	٦٠
لا يحل لرجل ان يعطى عطية ثم يرجع فيها . .	١٣١٧
لا يسم المسلم على سوم اخيه .	١٥
لا يشترى الامام من المغنم ولا الوصى من مال اليتيم .	١٤٢٨
لا يغلق الرهن من راهنه . .	٤٨٤
لا يغلق الرهن من صاحبه الذى رهنه . . .	٥٧٥
لا يقتل قرشى صبرا بعد اليوم .	٢٨١ د
لعن الله الخمر وعاصرها ومعتصرها . . .	٩٢٥
لعن رسول الله صلى الله عليه وسلم الذين يشققون الخطب . .	٢٨٢ د
ليس على المستعير غير المغل ضمان .	٩٩٥
ليس لعرق ظالم حق .	١١٥٥ ، ١٠٩٠
ليس لكم الا ماطابت به نفس امامكم . . .	١١٨٧

(م)

مات رسول الله صلى الله عليه وسلم ودرعه مرهونه عند يهودى .. ٤٧٨
ماحق امرى مسلم له شئ يريد ان يوصى فيه ... ١٣٤٠ هـ
مارآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن .. ١٦٣، ٤٥٣
ماعلى عثمان ماعمل بعد اليوم ... ٨
ماقبض الله نبيا الا فى الموضع الذى يجب ان يدفن فيه .. ٢١٠ د هـ
ماقطع من البهيمة وهى حية فهو ميتة . ٩١٠ هـ
ماكانت اليد تقطع على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فى الشئ التافه . ١٢١ د، ١٢٣٠
مامن يوم يصبح العباد فيه الا ملكان ينزلان ... ١٨ د
المتبايعان بالخيار مالم يتفرقا ... ٢١، ٢٤
المدبر لا يباع ولا يوهب ... ١٥١٥
مره فليراجعها ثم يتركها حتى تطهر ... ٢٦٥ د
المسلم اخو المسلم لا يحل لمسلم باع من اخيه بيعا ... ٢٥١
المسلمون عند شروطهم ... ٥٩
مطل الغنى ظلم ... ٦٧٣
المكاتب عبد مابقى عليه من مكاتبته درهم ١٦٠٧ هـ
مكثنا مع نبينا صلى الله عليه وسلم مالنا طعام الا الاسودان . ٦٨
مكة مناخ ، لا تباع رباعها ولا تؤاجر بيوتها . ٣٨٠
من احيا ارضا ميتة فهى له . ١١٨٠ هـ، ١١٨٥
من أخذ أموال الناس يريد اتلافها اتلفه الله .. ١٧ هـ د
من ادرك ماله بعينه عند رجل قد أفلس .. ١٤٢
من اسلف فليسلف فى كيل معلوم ... ٤٠٩، ٤١٠
من اشترى شاة مصراة ... ١٩٩
من اشترى شيئا لم يره ... ٥، ٢٧، ٥٧
من اعتق رقبة اعتق الله بكل عضو منها ... ١٤٣٤ هـ
من اعتق شركا له فى عبد وكان معه مايبلغ ... ١٤٣٦
من اعتق شركا له فى مملوك فعليه خلاصه .. ١٤٣٨
من اعتق عبدا وله مال فماله للعبد ... ٧٦٢

من اعمر أو ارقب فهو بمنزلة العمرى . . . ١٣٣٦
من انظر معسرا الى ميسرة . . . ٦٠٩
من باع سلعة فافلس صاحبها . ٥٩١
من باع محفـــلة فهو بالخيار ثلاثة أيام . . . ١٩٩
من باع نخلا بعد ان تؤبر . . . ١٤٩
من بنى فى رباع قوم باذنهم فله قيمته . . . ١٠٠٥
من زاد على الثلاث فقد اسرف . . . ٣٠ د
من سره ان ينظر الى رجل يمشي على الأرض قد قضى منه . . . ٩
من صام رمضان ثم اتبعه ستا من شوال . . . ٢٨١ د
من ظلم قيد شبر من الأرض طوقه من سبع ارضين . ١٠٣٤ هـ
من غصب شبرا من أرض طوقه . . . ١٠٨٥
من فرق بين والدة وولدها . . . ٤٠٢
من ملك ذا رحم محرم فهو حر . . . ٣٤٦، ١٤٦٤
من وجد لقطة فليشهد عليها ذوى عدل . . . ١٢٣٦
من ولدت منه امته فهى حرة من بعد موته . . . ١٦١٤
موتان الارض لله ولرسوله ثم هى لكم منى . . . ١١٩٣

(ن)

الناس شركاء فى ثلاث . . . ١٢٠٩
نفس المؤمن معلقة بدينه . . . ٦٢
نهى أن تباع الثمرة حتى يبين صلاحها . . . ٤
نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم ان يباع كالئ بكالئ . ٩٩
نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يقتص من جرح حتى يبرأ . ١٦٢٦ هـ
نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الرطب بالتمر نسيئة . ١٢٠
نهى عن بيع حبل الحبلة . ٤٣٣
نهى عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة . ٤٣٢
نهى عن بيع الدين بالدين . ٤٣٢
نهى عن بيع الذهب بالذهب والفضة بالفضة . ٧٠
نهى عن بيع السنبل حتى يبيض . ٨٦٠ هـ

نهى عن بيع الصاعين من تمر بصاع .	٨٤
نهى عن بيع مالم يقبض .	١٨٠
نهى عن بيع النخل حتى يزهو .	٨٦٠ هـ
نهى عن بيع وشرط .	٢٧٧ د
نهى عن ثمن عسب الفحل .	٣٦٤
نهى ان تباع الثمرة حتى يبين صلاحها .	٤
نهى عن بيع التمر بالتمر .	١٧٠
نهى عن بيع الثمار حتى تزهى .	١٥٨
نهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها .	١٦٤
نهى عن بيع الثمرة حتى تشقح . . .	١٥٨
نهى عن بيع الحصاة . . .	١١
نهى عن بيع الذهب بالذهب . . .	
نهى عن بيع الصاعين من تمر بصاع . . .	٨١
نهى عن بيع الطعام بالطعام .	٦٧
نهى عن بيع الغرر . . .	١١
نهى عن بيع اللحم بالشاة الحى .	١٢٩
نهى عن ثمن الكلب . . .	٣٦٢
نهى عن ثمن الكلب والسنور الا كلب الصيد .	٣٦٣
نهى عن السلف فى الحيوان .	٤٣٢
نهى عن المخابرة .	٩٨٥

(هـ)

هل تسمع النداء بالصلاة .	١٢٠٠ هـ
هو حرّ كله ، ليس لله شريك .	١٤٤٤
هون عليك فانما انا ابن امرأة كانت تأكل القديد بمكة .	٢٩ د

(و)

واحل الله البيع وحرم الربا .	٦٥
واذا اصحاب الجد محبوسون .	٨
وجد عليّ دينارا فقال له النبى صلى الله عليه وسلم : كله أو شأنك به .	٢٠ د

ولعل بعضكم ألحن بحجته من بعض . . . ٧٩٩
وهل ترك لنا عقيل شيئا لا يرث المسلم الكافر . ٣٧٨

(ى)

يا أيها الناس ان الله طيب لا يقبل الا طيبا . . . ٢٤ ن
يابنى عبد مناف من ولى منكم من امر الناس شيئا . . . ٣٨٠
ياسعد اطب مطعمك تكن مستجاب الدعوة . ٢٣ ن
ياعدى اطرح عنك هذا الوثن . ٢٤٩ ن هـ
ياغلام زوج امك . ٣٩٨

ثالثـــا : فهرس الآثـــار :

(أ)

ابتاع عثمان من طلحة ارضا بارض له بالكوفة . . ٩
استتاب ابن مسعود قوما ارتدوا . . . ٧٠٨
اسلم علي بن أبي طالب وله خمس عشرة سنة أو ست عشرة سنة .
اسلم علي وهو ابن عشر سنين . .
اشترى عبدالله بن جعفر ضيعة بستين الفا ، فقال عثمان : مايسرني ان تكون لي بنعلي . ٦٣٢
اشترى عمر دارا من صفوان بن أمية . . . ٣٨٣
اشترى معاوية من حكيم بن حزام دارين . . . ٣٨٣
اشهد ان السلف مضمون الى اجل مسمى . . . ٤٠٩
ان امامة بنت ابي العاص اصمتت فقيل لها : لفلان كذا . . . ١٤٠٧
ان عثمان قضى فيها (أي عين الدابة) بربع القيمة . ١٠٣٧
ان عليا باع جملا له . . . ٤٣٥
ان عمر اجلى اليهود من خيبر . . . ٩٨١
ان عمر كتب : يعتصر الرجل من ولده . . . ١٣٢١
ان غلاما يافعا اوصى وله عشر سنين . . . ١٣٤٢
الايتاء ربع الكتابة (عن علي مرفوعا وموقوفا) ١٥٧٩

(ب)

باع ابن عمر غلاما لهبثلاثمائة درهم بالبراءة . ٢٥٤

(ح)

حمى عمر ارضا بالمدينة وولى عليها مولى له . . . ١٢٠٦
الحوالة اذا مات المحال عليه وهو مفلس (عن عثمان) . . . ٦٧٩

(د)

دخلت امرأة ابي اسحاق وأم ولد زيد بن أرقم على عائشة . . . ٢٨١

(ر)

رخصت عائشة في السوط . ١٢٣١

روى عن عمر انه قال برد الشيب من الاماء . . . ٢٢٠

(س)

سئل ابن عباس عمن باع هريرتمائة نساء ، ٢٨٦
سئل مكحول فقيل له : اشتريت فرسا وهو غائب . . . ٧
سيأتي على الناس زمان عضوض . . . ٨٢٠

(ف)

فى عين الدابة ربع ثمنها . . . ١٠٣٧هـ

(ق)

قضى عمر فى دية الاصابع انها مختلفة بحسب منافعها . ٢٦١ هـ

(ك)

كاتب ابن عمر عبدا له على خمسة وثلاثين الفا . . . ١٥٨٠
كاتب عمر عبدا له يكنى ابا امية ، فاتاه باول نجم . . . ١٥٨٠
كاتب عمر وابن عمر ولم يكاتبوا على اقل من نجمين . ١٥٢٦
كان ابن عمر اذا اشترى شيئا مشى اذرعا . . . ٢٣
كان لابن عمر على عليّ دين . . . ٧٠٨
الكتابة على نجمين والايتاء من الثانى (قاله على بن أبى طالب) ١٥٢٥
كتب عمر الى شريح : من وهب هبة لذى قرابة فانها صلة . . ١٣٢٠
كتب عمر الى عماله : ولو هم بيعها (يعنى الخمر) . ١١١٠
كتب عمر وعلى وابن عمرو بن العاص كتبا منعوا فيها من البيع والهبة (أى للوقف) ١٢٨٤

(ل)

لا بأس بما دون الدرهم ان يستنفع به . . . (عائشة) ١٢٣١
لا نشترى اللبن فى ضروعها ولا الصوف على ظهورها . ٥ هـ
لا يردها ، أى الثيب الامة اذا وطئها ثم ظهر المشترى على عيب قديم فيها ٢٢٠ هـ
لا يزيد رجل على صداق أزواج رسول الله صلى الله عليه وسلم . . . ٢٦٣ ن
لا يصح بيع الغائب (مكحول) . ٧
لم يكن احد من أصحاب رسول الله ذو مقدرة الا وقف. ١٢٨٤

(م)

مابقى أحد من أصحاب النبى صلى الله عليه وسلم له مقدرة الا وقف . ١٢٧٨ هـ

من أراد أن يتقحم جراثيم جهنم . ٢٨٣

من اعمر شيئا فهو له ابدا (جابر) . ١٣٣٨ هـ

(ن)

الناس يقولون : عمر اعلم الناس بأبواب الربا (عمر) ٤٣٤

النكاح رق فلينظر أحدكم اين يضع كريمته (عائشة) .

(و)

وددنا ان عثمان وعبد الرحمن تبايعا . ٨

رابعا : فهرس الأعلام :

(أ)

ابى بن كعب ٩٠٩
اسامة بن زيد . ٣٧٧
اسماعيل بن عياش. ٥٩٢
الأعرج : عبد الرحمن بن هرمز . ١٢٢٠
الأعمش: سليمان بن مهران ١٢٢٠
امامة بنت أبى العاص . ١٤٠٧
انس بن مالك ١٥٨
الأوزاعى : عبد الرحمن بن عمرو ١١٩
اياس بن معاوية ١٣٦٦

(ب)

أبو برزة : نضلة بن عبيد . ٢٤
بريدة الاسلمى . ١٢٨٩
بريرة مولاة عائشة. ٣٣٧
البصرى : الحسن بن يسار . ١٢٦١
أبوبكر بن أبى مريم . ٧
أبوبكر الصديق . ٣٨٢

(ج)

جابر بن عبد الله ٩٧
جبير بن مطعم ٩
أبوالجهم بن حذيفة ١٢٨٢

(ح)

أم حبيبة : رملة بنت أبى سفيان ٣٢٨
الحجاج بن أرطأة. ٩٨
الحسن بن عمارة. ٢٩٥
حكيم بن حزام ٣٢٤
حماد بن سلمة. ١٢٢٠
ابن حنبل : أحمد بن محمد

(خ)

خالد بن الوليد . ٢٦٠
ابن خزيمة : محمد بن اسحاق ١١٩
خليد بن جعفر. ٦٨٠

(د)

الدارقطنى : على بن عمر. ٦
أبوداود : سليمان بن الأشعث ١٢٠٤

(ر)

الرازى : أبوبكر أحمد بن على الجصاص ٩٢٨
أبورافع: اسلم ، على أشهر الأقوال ٤٤٠

(ز)

الزبير بن بن العوام ٦٣٣
الزهرى : محمد بن مسلم بن شهاب ٣٢٩
زيد بن أرقم . ١٠٩
زيد بن ثابت. ٢٢٢
زيد بن خالد . ١٢١٤
زيد ابو عياش . ١١٨

(س)

السبيعى : أبواسحاق عمر بن عبد الله ٢٨١
سعد بن ابراهيم ١٠٨١
سعد بن أبى وقاص ١١٦
أبوسعيد الاصطخرى : الحسن بن أحمد ١٠١٤
أبوسعيد الخدرى : سعد بن مالك ٦٠٨

سعيد بن زيد . ١١٨٥
سعيد بن أبى عروبة . ١٤٣٩
سفيان الثورى . ٤٣١
أم سلمه : هند بن أمية بن المغيرة ٢٥٨
أم سلمة بنت عبد الرحمن . ١١٢٤
سلمة بن كهيل . ١٢٢٠
سمرة بن جندب ١٤٦٣
سهل بن أبى حثمة ١٧٠
ابن سيرين : محمد . ٦

(ش)

شبيب بن غرقدة ٣٢٦
شريح القاضى : بن الحارث ٢٢١
شعبة بن الحجاج ١١٣١

(ص)

الصعب بن جثامة ١٢٠٤
صفوان بن أمية ٣٨٣

(ط)

أبوطالب : عبد مناف بن عبد المطلب ٣٧٨
طلحة بن عبيد الله . ٩

(ع)

عائشة بنت أبى بكر . ٢٨١
عاصم بن كليب ١١٠٢
عبادة بن الصامت ٧٠
ابن عباس : عبد الله ٢٨٦
أبو العباس : أحمد بن عمر بن سريح ٤٨٩
عبد الرحمن بن عوف ٨
عبد الرحمن بن مطيع ١٢٨٢
عبد الله بن الأرقم ١٢٨١

عبد الله بن جعفر ٦٣٢
عبد الله بن رواحة ٩٨٠
عبد الله بن الزبير ١٣٣٦
عبد الله بن زيد . ١٢٩٠
عبد الله بن عمرو . ٢٥
عبد الله بن الفضل المدنى . ١٢٢٠
عبد الملك الذمارى . ٤٣١
عبيدة بن حسان ٩٩٦، ١٥١٥
عثمان بن عفان ٨
عروة البارقى . ٣٢٥
عروة بن الزبير . ٣٢٩
عطاء بن أبى رباح ٥٨٠
عطية القرظى . ٦٢٠
عقبة بن عامر . ٢٥١
عقيل بن أبى طالب ٣٧٨
عكرمة بن خالد المخزومى . ١٤٩
علقمة بن نضلة ٣٨٢
على بن أبى طالب ٢٢٠
على بن المدينى . [illegible]٠١
أبو على بن أبى هريرة ٥٤٣
ابن عمر : عبد الله ٢١
عمر بن ابراهيم الكردى ٦
عمر بن الخطاب . ٢٢٠
عمر بن أبى سلمة ٣٩٨
عمران بن الحصين ١٤٥٣
عمرو بن أمية الضمرى ٣٣٠
عمرو بن دينار ١٢٤٩
عمرو بن الشريد ١١٣٢

عمرو بن شعيب . ٩٩٦
عمرو بن عبد الجبار
عنترة بن شداد ٩٨٦

(ف)

فاطمة بنت رسول الله صلى الله عليه وسلم ١٢٨٣
فضالة بن عبيد . ١٠٣

(ق)

القاسم بن عبد الرحمن ٢٩٣
ابن القاص : أحمد بن أبي أحمد ١٣٥٥
قتادة بن دعامة
أبو قتادة : ربعي بن الحارث ٣٢٩، ٦٩٥
أبو قلابة : عبد الله بن زيد ١٣٢١

(ل)

الليث بن سعد . ١١٩

(م)

مجاهد بن جبر ١٣٣٧
محمد بن اسحاق ١٢٥٩
محمد بن الحسن الشيباني ١٢٨٧
المروزي : أبو اسحاق ابراهيم بن أحمد ١٥٢
المزني : أبو ابراهيم اسماعيل بن يحي ١٧٨
ابن مسعود : عبد الله ٢٩٢
المسور بن ابراهيم
المسور بن مخرمة ١٢٨٢
ابن المسيب : سعيد ٨
معاوية بن أبي سفيان ٣٨٣
معاوية بن قرة
معمر بن عبد الله ٦٦
المغيرة بن شعبة ١٠
المقداد بن الأسود ١٢٨٢
مكحول الدمشقي ٧
ابن أبي مليكة . ٩
ابن المنذر : محمد بن ابراهيم ١١٣٣

(ن)

النجاشي : اصحمة بن ابحر ٣٢٨
النخعي : ابراهيم بن يزيد . ٤٨٤
النعمان بن بشير . ١٣١٩
النيسابوري : أبو بكر عبد الله بن محمد ١٥١٣

(هـ)

أبو هريرة : عبد الرحمن بن صخر ١٧٠
هشام الدستوائي ١٤٣٩
همام بن يحي . ١٤٣٩

(و)

أبو الوضي : عبادة بن نسيب . ٢٣

(ى)

أبو يوسف : يعقوب بن ابراهيم ١٢٩٧

خامسا : فهرس الموضوعات :

الموضوع	الصفحة
الاهداء	
شكر وتقدير	
مقدمة الرسالة	أ
اختيار الموضوع وأهميته	ج
عملي في المخطوط	ح
منهجي في البحث .	ى

القســـم الأول : الدراســة :

الباب الأول : ترجمــة الشيخ أبى اسحـــاق .

الفصــل الأول : فى حياته الشخصية :

المطلب الأول : فى نسبه . ١

" الثانى : فى مولده . ٣

" الثالث: فى معرفة بلدته ٤

" الرابع : فى نشأته . ٩

" الخامس: فى فقره . ١٢

الفصل الثانــى : اخلاق الشيخ أبى اسحاق . ١٤

المطلب الأول : عفافه . ١٥

" الثانى : كرمــه . ١٧

" الثالث: ورعه . ٢٠

" الرابع : عمله بعلمه . ٢٥

" الخامس : تواضعه ٢٩

" السادس: جرأته فى الحق ٣٣

" السابع : مجلسه . ٣٦

الفصل الثالث : حياة الشيخ أبى اسحاق العلمية . ٤٠

المطلب الأول : فى همته فى الطلب ٤١

" الثانى : فى جدله ٤٤

" الثالث : فى مكانته العلمية ٥٧

" الرابع : فى عقيدته: ٦٢

المبحث الأول : فى ذكر ما يفيد انه كان اشعريا . ٦٣

الدليل الأول . ٦٣

الدليل الثانى . ٦٧

الدليل الثالث. ٦٨

الدليل الرابع. ٦٨

الدليل الخامس. ٦٩

الدليل السادس. ٧٧

المبحث الثاني : ذكر ما يفيد انه كان سلفيا . ٧٩
النقل الأول . ٧٩
النقل الثاني . ٨٠
النقل الثالث ٨٠
النقل الرابع. ٨٢
النقل الخامس. ٨٣
النقل السادس ٨٣
النقل السابع ٨٤
النقل الثامن . ٨٥
المبحث الثالث : في الترجيح والمناقشة. ٨٦
تأويل النقل الأول . ٨٦
تأويل النقل الثاني . ٩٢
تأويل النقل الثالث. ٩٣
تأويل النقل الرابع ٩٤
تأويل النقل الخامس ٩٥
تأويل النقل السادس ٩٦
المطلب الخامس : في شعره . ١٠٢
المطلب السادس : في مشايخه . ١٠٧
المطلب السابع : في تلاميذه . ١١٩
المطلب الثامن : في مؤلفاته . ١٣٣
الفصل الرابع : في وفاة الشيخ أبي اسحاق . ١٧٣
المطلب الأول : في سنة وفاته . ١٧٤
المطلب الثاني : في رثائه ١٧٧
المطلب الثالث: في ما رؤى له من الرؤا . ١٧٨
المطلب الرابع : في عقبه ١٨٠
الباب الثاني : في علم الخلاف . ١٨١
الفصل الأول : في التعريف بعلم الخلاف ١٨٢
المطلب الأول : في تعريفه ١٨٣

المطلب الثاني : في استمداده . ١٨٥

المطلب الثالث: في معرفة مؤسس علم الخلاف ١٨٧

المطلب الرابع: في بيان صلة علم الخلاف بعلم الجدل . ١٨٩

المبحث الأول : في تعريف علم الجدل ١٨٩

المبحث الثاني : استمداد علم الجدل . ١٩٢

المبحث الثالث: سبب نشوء علم الجدل . ١٩٥

المبحث الرابع : أول من صنف في علم الجدل . ١٩٦

المبحث الخامس: بعض المؤلفات في علم الجدل ٢٠١

الفصل الثاني : في بيان كيف دب الخلاف في الأمة . ٢٠٦

المطلب الأول : في بيان ان الخلاف طبيعة بشرية . ٢٠٧

المطلب الثاني : في بيان متى دب الخلاف ٢٠٩

المطلب الثالث: في بيان مراحل الخلاف الفقهي . ٢١٣

المرحلة الأولى . ٢١٣

المرحلة الثانية . ٢١٥

المرحلة الثالثة . ٢١٦

المطلب الرابع : نشأة المدارس الفقهية ٢١٧

المدرسة الأولى : مدرسة أهل الكوفة . ٢١٧

المدرسة الثانية : مدرسة أهل الحجاز ٢١٨

المطلب الخامس: بدء ظهور التعصب المذهبي ٢٢١

المطلب السادس: في تعليل انتشار علم الخلاف بين الشافعية والحنفية دونه بين المالكية والحنابلة . ٢٢٤

المطلب السابع : مظاهر الخلاف في القرن الرابع . ٢٣٠

الفصل الثالث : مجالات الخلاف . ٢٣٢

المطلب الأول : مالا يجوز الخلاف فيه . ٢٣٣

المطلب الثاني : ما يجوز الخلاف فيه وموقف السلف والخلف منه ٢٣٨

المبحث الأول : ما يجوز الخلاف فيه . ٢٣٩

المبحث الثاني : موقف السلف من الخلاف المأذون فيه ٢٤٢

المبحث الثالث: موقف الخلف من هذا النوع من الخلاف ٢٤٦

الفصل الرابع : في بيان دور علم الخلاف في بناء شخصية الفقيه واثره في الحركة الفقهيــــة . ٢٥٢

المطلب الأول : في بيان دور علم الخلاف في بناء شخصية الفقيه ٢٥٣

المطلب الثاني : في بيان أثر علم الخلاف في حركة الفقه الاسلامي ٢٥٧

الفصل الخامس : أسباب الخلاف والمؤلفات فيه . ٢٥٩

المطلب الأول : في بيان أسباب الخلاف . ٢٦٠

النوع الأول : أسباب عامة . ٢٦٠

النوع الثاني : أسباب خاصة : ٢٦٣

المبحث الأول : عارض الاشتراك في الألفاظ والمعاني . ٢٦٥

المبحث الثاني : في الخلاف العارض من جهة الحقيقة والمجاز . ٢٧١

المبحث الثالث : في الخلاف العارض من جهة الافراد والتركيب . ٢٧٦

المبحث الرابع : في الخلاف العارض من جهـــة العموم والخصوص ٢٧٩

المبحث الخامس : في الخلاف العارض من جهـــة الرواية . ٢٨٠

المبحث السادس : في الخلاف العارض من قبل الاجتهاد والقياس ٢٨٦

المبحث السابع : في الخلاف العارض من قبل النسخ . ٢٨٧

المبحث الثامن : في الخلاف العارض من جهة الاباحة والتوسيع . ٢٩١

المطلب الثاني : في بيان مؤلفات أسباب الخلاف . ٢٩٢

الفصل السادس : مؤلفات علم الخلاف ، وعهود الاهتمام به عبر القرون . ٢٩٦

المطلب الأول : في مؤلفات الخلاف . ٢٩٧

المطلب الثاني : بيان عهود الاهتمام بالتأليف في علم الخلاف عبر القرون . ٣٣٨

رسم بياني لمراحل الاهتمام بعلم الخلاف . ٣٥٢

الباب الثالث : دراسة الكتاب ٣٥٣
الفصل الأول : فى عنوان الكتاب ومعناه . ٣٥٣
المطلب الأول : عنوان الكتاب . ٣٥٤
المطلب الثانى : معنى عنوان الكتاب . ٣٥٦
الفصل الثانى : توثيق الكتاب . ٣٥٩
الفصل الثالث : فى نسخ الكتاب . ٣٦١
المطلب الأول : أوصاف النسخة الأولى . ٣٦٢
المطلب الثانى : أوصاف النسخة الثانية . ٣٦٨
الفصل الرابع : فى شروح الكتاب ومختصراته . ٣٧١
الفصل الخامس: وصف الكتاب ٣٧٢
المطلب الأول : مسائل الكتاب ٣٧٣
المبحث الأول : عدد مسائل الكتاب . ٣٧٣
المبحث الثانى : منهج المؤلف فى عرض مسائل الكتاب ٣٧٤
المطلب الثانى : موضوعات الكتاب . ٣٧٦
المطلب الثالث: أحاديث الكتاب . ٣٨٣
المطلب الرابع : حجج الكتاب . ٣٨٥
الفصل السادس : المصطلحات الفقهية فى الكتاب . ٣٨٦
المطلب الأول : المصطلحات الفقهية الشافعية ٣٨٨
المطلب الثانى : المصطلحات الفقهية الحنفية ٤٠٩
الفصل السابع: المآخذ على الكتاب . ٤١٤

القسم الثاني : * التحقيق *

* كتاب البيوع *

المسألة	الصفحة
مسألة (١) : لا يصح بيع مالم يره المشتري . في أحد القولين / ١٢٧ ش	١
مسألة (٢) : اذا قال : بعني ، فقال : بعتك . انعقد البيع / ١٢٨ ش	١٤
مسألة (٣) : اذا أوجب البيع في عبد لاثنين ، فقبل أحدهما نصفه دون الآخر جاز . / ١٢٨ ش	١٩
مسألة (٤) : خيار المجلس يثبت في البيع الى أن يتفرقا أو يتخايرا . / ١٢٩ ى	٢٠
مسألة (٥) : خيار الشرط لا يمنع انتقال الملك في أحد الأقوال . / ١٢٩ ش	٣٣
مسألة (٦) : اذا باع عبدا من عبدين أو ثلاثة ، فالبيع باطل . / ١٢٩ ش	٣٥
مسألة (٧) : اذا شرط الخيار الى الليل انقطع الخيار بغروب الشمس / ١٣٠ ى	٣٩
مسألة (٨) : اذا اشترى عبدا بجارية وشرط الخيار لأحدهما فأعتقهما من له الخيار ، لم ينفذ العتق فيهما ، بل ينفذ فيما باع في أحد القولين وفيما اشترى في الوجه الآخر / ١٣٠ ى	٤١
مسألة (٩) : اذا باع الى الحصاد أو يختار أربعة أيام ، فسد العقد ولا تلحقه الصحة / ١٣٠ ى	٤٤
مسألة (١٠) : يجوز لمن له الخيار فسخ البيع من غير حضور صاحبه / ١٣٠ ش	٤٩
مسألة (١١) : لا يسقط خيار الشرط وخيار الشفعة بالموت . / ١٣٠ ش	٥٤

* مسائل الربا *

المسألة	الصفحة
مسألة (١٢) : علة الربا في البر أنه مطعوم جنس . / ١٣١ ى .	٦٥
مسألة (١٣) : يحرم الربا فيما يطعم ولا يكال ، كالفواكه واليسير من الحنطة . / ١٣٢ ى	٧٦
مسألة (١٤) : لا يحرم الربا فيما يكال ولا يطعم ، كالجص . / ١٣٢ ى	٧٩
مسألة (١٥) : العلة في الذهب والفضة أنه من جنس القيم في جنس . / ١٣٢ ى	٨٢
مسألة (١٦) : لا يجوز التفرق قبل التقابض في بيع الطعام بالطعام / ١٣٢ ى	٨٧
مسألة (١٧) : يجوز ابدال عوض الصرف بعد التفرق في أحد القولين / ١٣٢ ش	٩١
مسألة (١٨) : لا يحرم النساء فيما لا ربا فيه / ١٣٢ ش	٩٣

مسألة (١٩) : لا يجوز بيع دينار صحيح ودينار قراضة بدينارين صحيحين ولا دينارين قراضة / ١٣٣ ى. ١٠٢

مسألة (٢٠) : لا يجوز بيع الرطب بالتمر . / ١٣٣ ش ١١٦

مسألة (٢١) : لا يجوز بيع الرطب بالرطب . / ١٣٤ ى ١٢٣

مسألة (٢٢) : لا يجوز بيع الدقيق بالدقيق من جنس واحد في أحد القولين . / ١٣٤ ى ١٢٥

مسألة (٢٣) : لا يجوز بيع اللحم بالحيوان . / ١٣٤ ى ١٢٨

مسألة (٢٤) : اللحمان جنس واحد في أحد القولين . / ١٣٤ ش ١٣١

مسألة (٢٥) : يحرم الربا في دار الحرب . / ١٣٤ ش ١٣٤

مسألة (٢٦) : الاثمان تتعين بالبيع . / ١٣٤ ش ١٤٠

* مسائل الثمار *

مسألة (٢٧) : اذا باع نخلا وعليه طلع غير مؤبر، فالثمرة للمشتري . / ١٣٥ ى ١٤٨

مسألة (٢٨) : اذا باع نخلا وعليه ثمرة للبائع ، أو أرضا فيها زرع للبائع لم يجبر على قطعها الى أوان الجذاذ / ١٣٥ ش ١٥٥

مسألة (٢٨) : لا يجوز بيع الثمار قبل بدو الصلاح من غير شرط القطع . / ١٣٥ ش ١٥٧

مسألة (٢٩) : اذا باع بعد بدو الصلاح بشرط التبقية جاز . / ١٣٦ ى ١٦٣

مسألة (٣٠) : لا يجوز بيع الباقلاء والجوز في قشرته ، وفي الحنطة في سنبلها قولان . / ١٣٦ ى ١٦٦

مسألة (٣١) : يجوز بيع الرطب على النخل بالتمر فيما دون خمسة أوسق خرصا . / ١٣٦ ى ١٦٨

* مسائل القبض *

مسألة (٣٢) : لا يجوز بيع العقار قبل القبض . / ١٣٦ ش ١٧٧

مسألة (٣٣) : لا يجوز التصرف في الصداق قبل القبض . / ١٣٧ ى ١٨٤

مسألة (٣٤) : القبض فيما ينقل بالنقل . / ١٣٧ ى ١٨٨

مسألة (٣٥) : اذا اشترى طعاما من رجل ودفع اليه ظرفا ، وقال : كل فكاله فيه ، لم يصر مقبوضا . / ١٣٧ ى. ١٩٠

مسألة(٣٦) : اذا ولدت الجارية المبيعة قبل القبض فهلكت قبل القبض أخذ المشترى الولد بغير بدل ٠/١٣٧ى ١٩٢
مسألة(٣٧) : اذا قطع البائع يد العبد قبل التسليم لم يسقط من الثمن شئ ٠/ ١٣٧ى ١٩٤

* مسائل الرد بالعيب *

مسألة(٣٨) : اذا اشترى شاة مصراة ثبت له الخيار ٠/١٣٧ش ١٩٧
مسألة (٣٩) : النماء لا يمنع من الرد بالعيب ، كالولد واللبن والسمن ٠/١٣٨ى ٢١١
مسألة (٤٠) : وطء الثيب لا يمنع من الرد بالعيب ٠/١٣٨ش ٢١٨
مسألة(٤١) : اذا اشترى اثنان من واحد عبدا فوجدا به عيبا ، جاز لاحدهما الرد ٠/١٢٩ى ٢٢٨
مسألة(٤٢) : اذا اشترى رجل عبدين ثم وجد بأحدهما عيبا ، لم يجز له رده فى أحد القولين ٠/١٣٩ى ٢٣٢
مسألة(٤٣) : اذا اشترى عبدا على أنه كافر، فخرج مسلما ثبت له بالخيار. /١٣٩ى ٢٣٥
مسألة (٤٤) : الزنا يرد بــه العيب ٠/١٣٩ى ٢٣٧
مسألة (٤٥) : البخر يرد به العبد ٠/ ١٣٩ ش ٢٣٩
مسألة (٤٦) : البول فى الفراش يثبت به الخيار فى العبد ٠/١٣٩ش ٢٤٠
مسألة(٤٧) : اذا كسر ماماكوله فى جوفه ، فوجده معيبا ، رده فى أحد القولين ٠/١٣٩ش ٢٤٢
مسألة(٤٨) :اذا قتل العبد المبيع فى يد المشترى بقتل أو ردة ، كان فى يد البائع رجع بالارش فى أحد الوجهين ٠/١٣٩ش ٢٤٤
مسألة(٤٩) :اذا علم بالعيب بعد أكل الطعام أو قتل العبد رجع بالارش ٠/١٣٩ش ٢٤٧
مسألة (٥٠) : اذا رد عليه المبيع بالعيب ، جاز له رده على بائعه ٠/ ١٣٩ ش ٢٤٨

مسألة (٥١) : اذا باع بشرط البراءة من العيب ، ففيه أقوال : أحدهما : لا يبرأ ، والثاني : لا يبرأ الا من عيب باطن فى الحيوان لم يعلم به . والثالث : أنه يبرأ من الجميع . / ١٣٩ ش ٢٥٠

مسألة (٥٢) : لا يجوز الابراء عن الدين المجهول . / ١٤٠ ى ٢٥٧

* مسائل المرابحة *

مسألة (٥٣) : لا تلحق الزيادة بالثمن والصداق . / ١٤٠ ش ٢٦٣

مسألة (٥٤) : لا يلحق الأجل بالبيع . / ١٤٠ ش ٢٧٠

مسألة (٥٥) : لا يحط ماربح فى السلعة عن الثمن فى بيع المرابحة . / ١٤١ ى ٢٧٢

مسألة (٥٦) : اذا اشترى عبدين جاز بيع أحدهما مرابحة . / ١٤١ ى ٢٧٦

مسألة (٥٧) : اذا أخبر فى المرابحة بأكثر من الثمن حط الزيادة وربحها ، وهل يثبت له الخيار ، فيه قولان . / ١٤١ ى ٢٧٨

مسألة (٥٨) : يجوز أن يبيع ما ابتاعه من بائعه بأقل من الثمن . / ١٤١ ى ٢٧٩

* مسائل اختلاف المتبايعين *

مسألة (٥٩) : اذا اختلفا فى قدر الثمن ، تحالفا . / ١٤١ ش ٢٨٩

مسألة (٦٠) : اذا مات أحد العبدين ثم اختلفا تحالفا . / ١٤٢ ى ٣٠١

مسألة (٦١) : اذا مات المتبايعان ، تحالف الورثة . / ١٤٢ ى ٣٠٣

مسألة (٦٢) : اذا اختلف المتبايعان فى الأجل أو الخيار ، تحالفا . / ١٤٢ ش ٣٠٥

مسألة (٦٣) : اذا اختلف المتبايعان بدئ بيمين البائع على المنصوص . / ١٤٢ ش ٣٠٩

مسألة (٦٤) : اذا قال البائع : لا اسلم حتى اقبض وقال المشترى : لا اسلم حتى اقبض اجبر البائع . / ١٤٢ ش ٣١٠

مسألة (٦٥) : اذا باع عن نفسين شيئا فنقد أحدهما ثمن نصيبه سلم اليه . / ١٤٢ ش ٣١٣

* مسائل البيوع الفاسدة *

مسألة (٦٦) : لا يجوز بيع العبد الجانى ، فى أحد القولين . / ١٤٣ ى ٣١٦

مسألة (٦٧) : اذا باع عبده وعبد غيره أو أمته وام ولده ، فالبيع باطل فى الجميع فى أحد القولين . / ١٤٢ ى . ٣١٨

مسألة (٦٨) : البيع الموقوف والنكاح الموقوف باطل . / ١٤٢ ى ٣٢١

مسألة (٦٩) : البيع الفاسد لا يملك به . / ١٤٣ ش ٣٢٥

مسألة (٧٠) : يجوز البيع بشرط العتق . / ١٤٤ ى ٣٤٣

مسألة (٧١) : اذا اشترى قلعة بدرهم ، وشرط عليه أن يحذوها ، فالبيع باطل . / ١٤٤ ى . ٣٤٧

مسألة (٧٢) : يجوز بيع النحل ودود القز . / ١٤٤ ى ٣٤٩

مسألة (٧٣) : يجوز بيع لبن الآدمية . / ١٤٤ ش ٣٥١

مسألة (٧٤) : لا يجوز بيع الزيت النجس . / ١٤٤ ش ٣٥٦

مسألة (٧٥) : لا يجوز بيع السرقين . / ١٤٤ ش ٣٥٩

مسألة (٧٦) : لا يجوز بيع الكلب . / ١٤٤ ش ٣٦١

مسألة (٧٧) : لا يملك الكافر العبد المسلم بالشراء . فى أحد القولين . / ١٤٥ ى ٣٦٨

مسألة (٧٨) : يجوز بيع دور مكة . / ١٤٥ ش ٣٧٧

مسألة (٧٩) : اذا قال : بعتك هذا القطيع ، كل شاة بدرهم ، صح البيع . / ١٤٥ ش ٣٨٥

مسألة (٨٠) : اذا قال : بعتك من هذه الدار عشرة أذرع وهى مائة ذراع صح البيع فى عشرها . / ١٤٥ ش ٣٨٨

مسألة (٨١) : اذا قال : بعتك هذا بألف مثقال ذهب وفضة لم يصح البيع . / ١٤٦ ى . ٣٨٩

مسألة (٨٢) : لا يصح بيع الصبى . / ١٤٦ ى ٣٩٣

مسألة (٨٣) : اذا فرق بين الوالدة وولدها فى البيع بطل . / ١٤٦ ى ٤٠١

مسألة (٨٤) : يجوز التفريق بينهما بعد سبع سنين فى أحد القولين . / ١٤٦ ش ٤٠٤

مسألة (٨٥) : يجوز التفريق بين الاخوين . / ١٤٦ ٤٠٦

* مسائـل السـلم * ٤٠٩

مسألة (٨٦) : يجوز السلم في المعدوم . / ١٤٦ ش ٤٠٩
مسألة (٨٧) : السلم الحال جائز . / ١٤٦ ش ٤١٦
مسألة (٨٨) : يجوز السلم في الحيوان . / ١٤٧ ى ٤٢٧
مسألة (٨٩) : يجوز قرض الحيوان والثياب . / ١٤٧ ش ٤٣٩
مسألة (٩٠) : يجوز السلم في اللحم . / ١٤٨ ى ٤٤٦
مسألة (٩١) : يجوز السلم في الاثمان . / ١٤٨ ى ٤٤٨
مسألة (٩٢) : لا يجوز السلم في الجوز والبيض عددا . / ١٤٨ ى ٤٤٠
مسألة (٩٣) : لا يجوز استصناع الخفاف . / ١٤٨ ى ٤٥٢
مسألة (٩٤) : يجوز أن يكون رأس المال جزافا في أحد القولين . / ١٤٨ ى ٤٥٤
مسألة (٩٥) : اذا لم يبين وضع التسليم صح العقد ، ووجب التسليم في موضع العقد في أحد القولين . / ١٤٨ ى ش ٤٦٠
مسألة (٩٦) : اذا حصل للمسلم اليه طعام عند رب السلم ، فقال له : اقبضه عما لك ، فقبضه ، لم يصح القبض . / ١٤٨ ش ٤٦٣
مسألة (٩٧) : اذا أحضر ثوبا أجود مما أسلم فيه على أن يزيده درهما لم يجز . / ١٤٨ ش ٤٦٥
مسألة (٩٨) : يجوز الرجوع بالارش ، للعيب في السلم . / ١٤٩ ى ٤٦٩
مسألة (٩٩) : اذا تقايلا في السلم ، جاز أن يشتري برأس المال ماشاء . / ١٤٩ ى ٤٧١
مسألة (١٠٠) : الاقالة فسخ في أصح القولين . / ١٤٩ ى ٤٧٣
مسألة (١٠١) : اذا أقاله بأكثر من الثمن ، لم تصح الاقالة . / ١٤٩ ى ٤٧٥

* مسائل الرهـن * ٤٧٨

مسألة (١٠٢) : لا يجوز الرهن على دين الكتابة . / ١٤٩ ش ٤٧٨
مسألة (١٠٣) : لا يجوز الرهن ولا الضمان قبل وجوب الدين . / ١٤٩ ش ٤٨١
مسألة (١٠٤) : يجوز الزيادة في الدين في الرهن الواحد في قوله القديم . / ١٤٩ ش ٤٩٠

مسألة(١٠٥) : اذا رهن عينا عند اثنين، كان عند كل واحد منهما نصفه. /١٥٠ى ٤٩٦

مسألة(١٠٦) : رهن المشاع جائز ١٥٠/٠ى ٤٩٨

مسألة(١٠٧) : اذا قال لعبده: ان قدم زيد فأنت حر، ثم رهنه، لم يصح الرهن في أحد القولين. /١٥٠ش ٥٠٣

مسألة(١٠٨) : لا يجوز رهن ما يسرع اليه الفساد في الدين المؤجل في أحد القولين. /١٥٠ ش ٥٠٥

مسألة(١٠٩) : اذا رهن العصير فصار خمرا زال فيه الملك وبطل الرهن ١٥٠/٠ ش ٥٠٧

مسألة(١١٠) : اذا قال الراهن : اقبضتك عصيرا ، وقال المرتهن : بل خمرا ، فالقول قول الراهن في أحد القولين. /١٥٠ش ٥٠٩

مسألة(١١١) : يجوز للراهن أن ينتفع بالمرهون. /١٥٠ش ٥١١

مسألة(١١٢) : النماء المنفصل لا يدخل في الرهن. /١٥١ى ٥١٩

مسألة(١١٣) : لا يملك الراهن تزويج المرهونة. /١٥١ش ٥٢٣

مسألة(١١٤) : لا يصح عتق الراهن في أحد الأقوال، وينفذ في القول الثاني ان كان موسرا ، ولا ينفذ ان كان معسرا ، وفيه قول ثالث أنه ينفذ بكل حال ١٥١/٠ش ٩٢٥

مسألة(١١٥) : يقبل اقرار الراهن على المرهون بجناية الخطأ في أحد القولين. /١٥٢ى ٥٣٤

مسألة(١١٦) : اذا رهن المغصوب عند الغاصب، لم يبرأ من ضمان الغصب ١٥٢/٠ى ٥٣٦

مسألة(١١٧) : اذا باع الرهن باذن المرتهن قبل محل الدين ، سقط الرهن. /١٥٢ش ٥٤٥

مسألة(١١٨) : اذا اذن المرتهن للراهن في البيع بشرط أن يعجل دينه فباعه لم يصح البيع ١٥٢/٠ش ٥٤٧

مسألة(١١٩) : اذا وطئ المرتهن المرهونة باذن الراهن جاهلا بالتحريم لم يجب المهر في أحد القولين. /١٥٢ش ٥٥٠

مسألة(١٢٠) : فان أتت المرهونة بولد من وطئ المرتهن وهو جاهل بالتحريم فهو حر ١٥٢/٠ش ٥٥٣

مسألة (١٢١) : لا يصح توكيل المرتهن فى بيع الرهن . /١٥٣ى ٥٥٥
مسألة (١٢٢) : اذا وضع الرهن على يد عدلين جعل فى حرزهما ، وخرج أبو العباس قولا آخر أنه ان كان مما ينقسم قسم بينهما ، وان لم ينقسم جعل فى يد احدهما . /١٥٣ى ٥٥٧
مسألة (١٢٣) : اذا وكل العدل فى بيع الرهن ، ثم عزله ، انعزل . /١٥٣ى ٥٥٩
مسألة (١٢٤) : اذا ادعى العدل دفع الثمن الى المرتهن ولم يشهد عليه وانكر المرتهن ضمن العدل . /١٥٣ى ٤٦٢
مسألة (١٢٥) : اذا مات العدل لم يجز للحاكم أن يدفع الرهن الى المرتهن . /١٥٣ى ٤٦٤
مسألة (١٢٦) : اذا شرط فى البيع رهن عبد مرتد ، فرهنه ثم قتل بالردة ، لم يثبت للمرتهن الخيار فى فسخ البيع فى أصح الوجهين . / ١٥٣ ى ٤٦٦
مسألة (١٢٧) : اذا شرط فى الرهن شرطا فاسدا ينقص به حق المرتهن ، فسد الرهن وان كان زيادة فى حقه ففيه قولان . /١٥٣ش ٥٦٩
مسألة (١٢٨) : اذا شرط فى البيع رهنا فاسدا لم يبطل فى أحد القولين . /١٥٣ش ٥٧٢
مسألة (١٢٩) : الرهن أمانة . /١٥٣ش ٥٧٤

* مسائل التفليس *

مسألة (١٣٠) : اذا افلس المشترى بالثمن ووجد البائع عين ماله فهو أحق به . / ١٥٤ى ٥٨٦
مسألة (١٣١) : يحجر على المفلس ويباع عليه ماله . / ١٥٤ش ٥٩٨
مسألة (١٣٢) : تسمع البينة على الاعسار فى الحال . /١٥٥ى ٦٠٤
مسألة (١٣٣) : اذا أقام البينة على الافلاس وادعى الغريم ان له مالا لا يعلم به الشهود حلف فى أحد القولين . / ١٥٥ى ٦٠٦
مسألة (١٣٤) : اذا ثبت اعساره ، لم يجز ملازمته . /١٥٥ى ٦٠٨
مسألة (١٣٥) : اذا لم يقدر على أخذ دينه ووجد له مالا أخذه . /١٥٥ش ٦١١

* مسائل الحجـــر * ٦١٤

مسألة (١٣٦) : السن الذى يبلغ به الغلام والجارية خمس عشرة سنة . / ١٥٥ش ٦١٤

مسألة (١٣٧) : انبات الشعر الخشن يوجب الحكم بالبلوغ فى الكفـــار ، وفى المسلمين قولا ن . / ١٥٥ش ٦١٩

مسألة (١٣٨) : اذا بلغ الصبى غير مصلح لدينه ، لم يسلم اليه المال . / ١٥٥ش ٦٢٢

مسألة (١٣٩) : لا يسلم المال الى المبذر . / ١٥٦ى ٦٢٤

مسألة (١٤٠) : اذا بلغ المبذر واقر بالمال ، لم ينفذ ذلك . / ١٥٦ى ٦٢٧

مسألة (١٤١) : اذا بلغ مصلحا لدينه وماله ، فسلم اليه المال ، ثم بــذر المال ، حجر عليه . / ١٥٦ى ٦٣٠

* مســـائل الصلح *

مسألة (١٤٢) : لا يجوز الصلح على الانكار . / ١٥٦ش ٦٣٩

مسألة (١٤٣) : لا يصح الصلح عن المال المجهول . / ١٥٧ى ٦٥١

مسألة (١٤٤) : اذا اتلف ثوبا ثمنه عشرة ، فصالح منه على أكثر ، لـــم يصح . / ١٥٧ى ٦٥٣

مسألة (١٤٥) : اذا اتلف ثوبا قيمته عشرة ، فصالح منه على عشرة موجلة . لم يصح . / ١٥٧ى ٦٥٦

مسألة (١٤٦) : اذا اشرع جناحا الى الطريق ، لم يقلع . / ١٥٧ى ٦٥٧

مسألة (١٤٧) : اذا تنازعا حائطا بينهما لم نقدم احدهما على الآخـــر بالجذوع . / ١٥٧ش ٦٦٢

مسألة (١٤٨) : اذا تنازع صاحب السفل والعلو فى السقف جعل بينهما . / ١٥٧ش ٦٦٧

مسألة (١٤٩) : اذا دعا أحد الشريكين شريكه الى الانفاق لم يجبر على الانفاق فى أحد القولين ويجبر فى الآخر . / ١٥٧ ش ٦٧٠

* مســـائل الحوالـــة *

مسألة (١٥٠) : لا يعتبر رضا المحال عليه . / ١٥٨ى ٦٧٣

مسألة (١٥١) : لا يرجع المحتال على المحيل . / ١٥٨ ى ٦٧٦

* مسائل الضمان *

مسألة (١٥٢) : لا يصح ضمان المال المجهول . / ١٥٨ ى ٦٨٥

مسألة (١٥٣) : يصح الضمان من غير رضا المضمون له . / ١٥٨ ش ٦٩٠

مسألة (١٥٤) : يجوز الضمان عن الميت . / ١٥٨ ش ٦٩٤

مسألة (١٥٥) : اذا ضمن ألفا ودفع اليه ثوبا يساوى خمسمائة رجع بخمسمائة فى أحد الوجهين . / ١٥٩ ى ٧٠١

مسألة (١٥٦) : لا يجوز شرط الخيار فى الضمان . / ١٥٩ ى ٧٠٤

مسألة (١٥٧) : لا تصح الكفالة بالبدن ، فى أحد القولين . / ١٥٩ ى ٧٠٥

* مسائل الشركة *

مسألة (١٥٨) : تصح الشركة على كل ماله مثل فى أصح الوجهين . / ١٥٩ ش ٧١١

مسألة (١٥٩) : لا تصح الشركة الا على مالين ، متماثلين . / ١٥٩ ش ٧١٣

مسألة (١٦٠) : لا تصح الشركة الا بخلط المالين . / ١٥٩ ش ٧١٦

مسألة (١٦١) : لا يجوز شرط التفاضل فى الربح مع تساوى المالين ، ولا شرط التساوى مع تفاضل المالين . / ١٦٠ ى ٧٢٠

مسألة (١٦٢) : اذا شرط أن تكون الخسارة على احدهما أكثر ، بطلت الشركة . / ١٦٠ ى ٧٢٥

مسألة (١٦٣) : لا تصح شركة الابدان . / ١٦٠ ى ٧٢٧

مسألة (١٦٤) : شركة المفاوضة باطلة . / ١٦٠ ش ٧٢٤

مسألة (١٦٥) : شركة الوجوه لا تصح . / ١٦٠ ش ٧٣٩

مسألة (١٦٦) : اذا اشتركا شركة فاسدة رجع كل واحد منهما باجرة المثل . / ١٦١ ى ٧٤٢

* مسائل القراض *

مسألة (١٦٧) : اذا دفع اليه ثوبا وقال : بعه فاذا نض قارضتك عليه لم يصح . / ١٦١ ى ٧٤٥

مسألة (١٦٨) : اذا شرط أن لا يشترى الا من فلان أو سلعة بعينها ، لم تصح المضاربة . / ١٦١ ى ٧٤٨

مسألة (١٦٩) : اذا شرط فى القراض جميع الربح لنفسه أو للعامل ، بطل . / ١٦١ ى ٧٥٠

مسألة (١٧٠) : نفقة العامل فى السفر من ماله فى أحد القولين . / ١٦١ ى ٧٥٣

مسألة (١٧١) : اذا اشترى المضارب زوج صاحبة المال لم يصح الشراء فى أحد القولين . / ١٦١ ش ٧٥٨

* مسائل المأذون *

مسألة (١٧٣) : العبد يملك اذا ملك . فى قوله القديم . / ١٦١ ش ٧٦١

مسألة (١٧٤) : لا يجوز للمأذون اتخاذ الدعوة واعارة الدواب . / ١٦٢ ى ٧٦٩

مسألة (١٧٥) : اذا رأى عبده يبيع ويشترى فسكت لم يصر مأذونا . / ١٦٢ ى ٧٧٢

مسألة (١٧٦) : اذا اذن له فى التجارة فى نوع لم يصر مأذونا فى غيره . / ١٦٢ ش ٧٧٧

مسألة (١٧٧) : لا يجوز للمأذون أن يؤجر نفسه . / ١٦٢ ش ٧٨١

مسألة (١٧٨) : اذا اشترى من يعتق على مولاه لم يصح الشراء فى أحد القولين . / ١٦٣ ى ٧٨٤

مسألة (١٧٩) : اذا أبق المأذون لم يصر محجورا . / ١٦٣ ى ٧٨٥

مسألة (١٨٠) : لا يباع المأذون فى دين التجارة . / ١٦٣ ى ٧٨٨

* مسائل الوكالة *

مسألة (١٨١) : لا يجوز تعليق الوكالة على شرط فى ظاهر المذهب . / ١٦٣ ى ٧٩٣

مسألة (١٨٢) : يجوز توكيل الحاضر من غير رضا الخصم . / ١٦٣ ش ٧٩٧

مسألة (١٨٣) : يصح عزل الوكيل وان لم يعلم به ، فى أحد القولين . / ١٦٣ ش ٨٠٢

مسألة (١٨٤) : لا يصح اقرار الوكيل فى الخصومة على الموكل . / ١٦٣ ش ٨٠٦

مسألة (١٨٥) : يجوز التوكيل فى استيفاء القصاص فى غيبة الموكل ، على الصحيح من المذهب . / ١٦٤ ى ٨١٠

مسألة (١٨٦) : لا يجوز للوكيل أن يبيع بأقل من ثمن المثل . / ١٦٤ ى ٨١٢

مسألة (١٨٧) : لا يجوز للوكيل أن يبيع بثمن مؤجل ٠/١٦٤ ش ٨٢١

مسألة (١٨٨) : لا يجوز للوكيل أن يبيع بغير نقد البلد ٠/١٦٤ ش ٨٢٣

مسألة (١٨٩) : اذا وكله في بيع عبد فباع نصفه، لم يصح البيع ٠/١٦٤ ش ٨٢٥

مسألة (١٩٠) : اذا وكله في البيع فباع من ابنه أو مكاتبه جاز في أحد الوجهين ٠/١٦٥ ى ٨٢٧

مسألة (١٩١) : اذا وكله في شراء عبد، فاشترى عبدا أعمى، لم يصح الشراء للموكل ٠/١٦٥ ى ٨٣٠

مسألة (١٩٢) : اذا وكل في شراء شاة بدينار، فاشترى شاتين بدينار كان الجميع للموكل في أحد الوجهين ٠/١٦٥ ى ٨٣٢

مسألة (١٩٣) : اذا وكله في بيع فاسد، فباع بيعا صحيحا، لم يجز ٠/١٦٥ ى ٨٣٦

مسألة (١٩٤) : اذا أبرأ الوكيل المشتري من الثمن لم يبرأ ٠/١٦٥ ى ٨٣٨

مسألة (١٩٥) : يجوز للموكل مطالبة المشتري بالثمن ٠/١٦٥ ش ٨٤١

مسألة (١٩٦) : الملك في الشراء ينتقل الى الموكل دون الوكيل ٠/١٦٥ ش ٨٤٣

مسألة (١٩٧) : اذا وكل المسلم ذميا في شراء الخمر أو الخنزير فاشتراه، لم يملك ٠/١٦٥ ش ٨٤٦

مسألة (١٩٨) : اذا وكل اثنين في طلاق امرأته لم يجز لأحدهما أن يطلق ٠/١٦٥ ش ٨٤٨

مسألة (١٩٩) : اذا باع الوكيل السلعة وقبض الثمن وهلك في يده واستحق المبيع، رجع المشتري بالعهدة على الموكل ٠/١٦٥ ش ٨٥٠

مسألة (٢٠٠) : اذا كان عنده دين أو عين لانسان، فجاء رجل وقال: وكلني فلان في قبضه، فصدقه، لم يجبر على الدفع اليه ٠/١٦٦ ى ٨٥٢

* مسائل الاجـــارات *

مسألة (٢٠١) : تجب الاجرة بنفس العقد ٠/١٦٦ ى ٨٥٤

مسألة (٢٠٢) : لا يجوز فسخ الاجارة بالاعذار ٠/١٦٦ ش ٨٦٢

مسألة (٢٠٣) : لا تبطل الاجارة بالموت ٠/١٦٦ ش ٨٦٧

مسألة (٢٠٤) : اذا قال: أجرتك هذه الدار كل شهر بدرهم، لم تصح الاجارة في أصح القولين ٠/١٦٧ ى ٨٧٥

مسألة(٢٠٥) : اذا قال : اجرتك هذه الدار شهرا ،لم يصح ./١٦٧ى ٨٧٧
مسألة(٢٠٦) : اذا عقد الاجارة على مدة مستقبلة لم تصح ./١٦٧ى ٨٧٩
مسألة(٢٠٧) : لا يجوز شرط الخيار في الاجارة./١٦٧ش ٨٨٤
مسألة(٢٠٨) : يجوز اجارة المنفعة بالمنفعة./١٦٧ش ٨٨٧
مسألة(٢٠٩) : يجوز للمستأجر أن يؤجر من المؤجر ./١٦٧ى ٨٩٠
مسألة(٢١٠) : يجوز اجارة المستأجر بأكثر مما استأجر ./١٦٨ى ٨٩٢
مسألة(٢١١) : يجوز اجارة المشاع./١٦٨ى ٨٩٧
مسألة(٢١٢) : يجوز استئجار الشريك للعمل في حمل المشترك أو
طحنه ./١٦٨ى. ٨٩٩
مسألة(٢١٣) : يجوز الاستئجار لبيع ثوب وشراء ثوب./١٦٨ش. ٩٠١
مسألة(٢١٤) : يجوز استئجار الكتب ./١٦٨ش. ٩٠٥
مسألة(٢١٥) : يجوز الاستئجار على التعليم./١٦٨ش.. ٩٠٦
مسألة(٢١٦) : يجوز استئجار دار ليتخذها مسجدا أو يصلي فيها ./١٦٨ش ٩١٢
مسألة(٢١٧) : يجوز استئجار الدراهم والدنانير في أحد القولين ./١٦٨ش ٩١٤
مسألة(٢١٨) : يجوز استئجار الحائط لوضع الجذوع./١٦٩ى . ٩١٥
مسألة(٢١٩) : يجوز الاستئجار على القصاص./١٦٩ى . ٩١٧
مسألة(٢٢٠) : الاجرة في القصاص على من عليه القصاص./١٦٩ى ٩٢١
مسألة(٢٢١) : لا يجوز الاستئجار على نقل الخمر./١٦٩ى ٩٢٤
مسألة(٢٢٢) : اذا أجر بيتا ممن يتخذه بيت نار أو يبيع الخمر، لم تصح
الاجارة./١٦٩ى. ٩٢٧
مسألة(٢٢٣) : يجوز للزوج استئجار امرأته ،لارضاع ولده منها ، في
أحد الوجهين./١٦٩ش. ٩٣٠
مسألة(٢٢٤) : لا يجوز استئجار الظئر بطعمتها وكسوتها ./١٦٩ش ٩٣٣
مسألة(٢٢٥) : اذا قال ان خطته روميا فلك درهم وان خطته
فارسيا فلك نصف درهم لم تصح الاجارة ./١٦٩ش. ٩٣٩
مسألة(٢٢٦) : اذا قال ان خطته اليوم فلك درهم وان خطته غدا
فلك نصف درهم لم يصح العقد ./١٧٠ى ٩٤١
مسألة(٢٢٧) : اذا دفع ثوبا الى خياط فقطعه قباء ،فقال رب الثوب :
امرتك ان تقطعه قميصا ،وقال الخياط : بل أمرتني ان اقطعه

قباء ، ففيه أقوال : أحدها: أنهما يتحالفان ، والثاني: أن القول قول الخياط ، والثالث : ان القول قول رب الثوب . / ١٧٠ ى ٩٤٤

مسألة (٢٢٨) : اذا تلف الشئ في يد الأجير المشترك ففيه قولان : أحدهما أنه يضمن والثاني : انه لا يضمن . / ١٧٠ ى ٩٤٧

مسألة (٢٢٩) : اذا استأجر دابة للركوب فضربها أو كبحها باللجام فتلفت لم يضمن . / ١٧٠ ش . ٩٥٤

مسألة (٢٣٠) : اذا استأجر ثوبا للبس ، أو دابة للركوب ، جاز أن يلبس ويركب غيره . / ١٧٠ ش . ٩٥٧

مسألة (٢٣١) : اذا لم تكن الكنيسة المحمولة معلومة ، لم تصح الاجارة . / ١٧٠ ش . ٩٦٠

مسألة (٢٣٢) : اذا اكترى دابة الى الكوفة وسلمها اليه وحبسها مدة يمكن فيها السير ، استقرت الاجرة . / ١٧٠ ش . ٩٦٣

مسألة (٢٣٣) : اذا اجر عبدا فأعتقه لم يثبت له الخيار ، وان أجر الولى الصبى ثم بلغ لم يثبت له الخيار في أحد الوجهين . / ١٧١ ش . ٩٦٦

مسألة (٢٣٤) : يجوز بيع المستأجر في أحد القولين . / ١٧١ ى . ٩٦٨

مسألة (٢٣٥) : اذا استأجر شيئا اجارة فاسدة وتلفت المنافع تحت يده وجب عليه الأجرة ، وان لم ينتفع . / ١٧١ ى . ٩٧٢

مسألة (٢٣٦) : تجب أجرة المثل في الاجارة الفاسدة . / ١٧١ ى . ٩٧٤

مسألة (٢٣٧) : اذا أمر المكرى المكترى بعمارة الدار ثم اختلفا ، فالقول قول المكترى . / ١٧١ ى . ٩٧٦

مسألة (٢٣٨) : المساقاة جائزة . / ١٧١ ش . ٩٧٨

* مسائل العارية * ٩٩٠

مسألة (٢٣٩) : العارية مضمونة . / ١٧٢ ى . ٩٩٠

مسألة (٢٤٠) : لا يجوز للمستعير أن يعير في أصح الوجهين . / ١٧٢ ى ١٠٠٠

مسألة (٢٤١) : اذا أعاره ارضا أو اجره للغراس ، أو البناء فغرس أو بنى لم يجبر على قلعه ، الا بأن يضمن ما نقص بالقلع . / ١٧٢ ى . ١٠٠٣

* مسـائل الوديعـة *

مسألة (٢٤٢) : اذا سافر بالوديعة ضمن . / ١٧٢ ش. ١٠٠٧

مسألة (٢٤٣) : اذا سلم الوديعة الى عياله ضمن . / ١٧٢ ش. ١٠١٠

مسألة (٢٤٤) : اذا اودع المودع أخر وهلكت عنده ضمن المالك من شاء منهما . / ١٧٢ ش. ١٠١٢

مسألة (٢٤٥) : اذا قال : احفظ الوديعة فيهذا الحرز ولا تخرجها ، فنقلها الى مثله ، ضمن على المنصوص ، وقال أبو سعيد الاصطخرى : لا يضمن . / ١٧٢ ش. ١٠١٤

مسألة (٢٤٦) : اذا حل كيس الوديعة ضمنها . / ١٧٢ ش ١٠١٦

مسألة (٢٤٧) : اذا اخرج الوديعة من الحرز لينتفع بها ضمن . / ١٧٣ ى ١٠١٨

مسألة (٢٤٨) : اذا تعدى فى الوديعة ثم ترك التعدى لم يبرأ من الضمان . / ١٧٣ ى . ١٠٢١

مسألة (٢٤٩) : اذا أودع صبيا شيئا فأتلفه ضمن على المشهور . / ١٧٣ ى . ١٠٢٨

مسألة (٢٥٠) : اذا سرقت الوديعة من المودع والمغصوب من الغاصب لم يجز لهما مخاصمة السارق . / ١٧٣ ش. ١٠٣٠

* مسائل الغصب *

مسألة (٢٥١) : اذا فقأ عين دابة لزمه أرش ما نقص . / ١٧٣ ى ١٠٣٤

مسألة (٢٥٢) : اذا قطع يدى عبد ضمن قيمته من غير أن يسلم اليه العبد . / ١٧٣ ش. ١٠٣٩

مسألة (٢٥٣) : اذا خرق ثوبا ضمن ارش ما نقص . / ١٧٤ ى . ١٠٤١

مسألة (٢٥٤) : تضمين الآبق لا يوجب التمليك . / ١٧٤ ى . ١٠٤٥

مسألة (٢٥٥) : اذا تلف المغصوب عنده ضمن قيمته اكثر ماكانت من حين الغصب الى حين التلف . / ١٧٤ ى . ١٠٤٩

مسألة (٢٥٦) : الزيادة الحادثة فى المغصوب مضمونة . / ١٧٤ ى . ١٠٥٢

مسألة (٢٥٧) : اذا غصب جارية حاملا فولدت ولدا ثم مات . وجب عليه الضمان . / ١٧٤ ش. ١٠٥٥
مسألة (٢٥٨) : اذا غصب جارية فولدها ونقصت بالولادة ضمن ارش النقص . / ١٧٤ ش. ١٠٦١
مسألة (٢٥٩) : المنافع تضمن بالغصب والاتلاف . / ١٧٤ ش. ١٠٦٤
مسألة (٢٦٠) : اذا استكره امرأة فزنا بها وجب عليه المهر . / ١٧٥ ى ١٠٧٣
مسألة (٢٦١) : الغرم يجب مع القطع في السرقة . / ١٧٥ ش. ١٠٧٨
مسألة (٢٦٢) : العقار يضمن بالغصب . / ١٧٥ ش. ١٠٨٣
مسألة (٢٦٣) : اذا غصب ساجة فادخلها في بنائه وجب نقضه ورد الساجة . / ١٧٦ ى ١٠٨٧
مسألة (٢٦٤) : اذا حفر بئرا في أرض غيره جاز له طمها . / ١٧٦ ى . ١٠٩٣
مسألة (٢٦٥) : اذا غصب ثوبا فصبغه بصبغ من عنده ، كان له نزع الصبغ . / ١٧٦ ى . ١٠٩٥
مسألة (٢٦٦) : اذا غصب شاة فذبحها وشواها أو حنطة فطبخها لم يملكها . / ١٧٦ ى . ١٠٩٧
مسألة (٢٦٧) : اذا غصب طعاما ثم أطعمه المغصوب منه وهو لا يعلم لم يبرأ من الضمان . / ١٧٦ ش. ١١٠٤
مسألة (٢٦٨) : اذا اراق خمرا على نصراني لم يضمن . / ١٧٦ ش. ١١٠٩
مسألة (٢٦٩) : تضمن ام الولد بالغصب . / ١٧٧ ى . ١١١٣
مسألة (٢٧٠) : اذا فتح قفصا عن طائر فطار في الحال ، ضمن في أحد القولين . / ١٧٧ ى . ١١١٥

* مسائل الشفعة *

مسألة (٢٧١) : اذا بيع أرض وفيها زرع أو شجر مثمر لم تجب الشفعة في الزرع والثمر . / ١٧٧ ى ١١١٩
مسألة (٢٧٢) : لا تثبت الشفعة بالجوار . / ١٧٧ ى ١١٢٢
مسألة (٢٧٣) : لا تثبت الشفعة فيما لا ينقسم على ظاهر المذهب . / ١٧٨ ى ١١٣٧
مسألة (٢٧٤) : تثبت الشفعة في الصداق وعوض الخلع والاجارة . / ١٧٨ ى ١١٣٩
مسألة (٢٧٥) : الشفعة على قدر الانصباء في أحد القولين . / ١٧٨ ى ١١٤٤

مسألة (٢٧٦) : يأخذ الشفيع بالثمن الذى عقد به البيع. / ١٧٨ش ١١٤٨

مسألة (٢٧٧) : اذا أقر المشترى بأنه اشترى الشقص بألف ثم أقام البائع البينة أنه باعه بألفين أخذ الشفيع بالألف. / ١٧٨ش. ١١٥٢

مسألة (٢٧٨) : اذا غرس المشترى أو بنى فى الشقص لم يجبره الشفيع على القلع الا بضمان الارش. / ١٧٨ش ١١٥٥

مسألة (٢٧٩) : اذا عفى الولى عن شفعة الصبى والحظ فى الأخذ لم يصح العفو. / ١٧٩ى ١١٦٠

مسألة (٢٨٠) : اذا لم يطلب الشفعة على الفور بطلت فى أصح الأقوال . / ١٧٩ى ١١٦٣

مسألة (٢٨١) : اذا اشهد على الشفعة ثم ترك سقطت شفعته. / ١٧٩ى ١١٦٨

مسألة (٢٨٢) : اذا باع شريكان نصيبهما جاز للشفيع أن يأخذ نصيب احدهما. / ١٧٩ى ١١٧٠

مسألة (٢٨٣) : ليس لرب المال الأخذ بالشفعة من المضارب. / ١٧٩ى ١١٧٢

مسألة (٢٨٤) : لا يأخذ العامل من رب المال بالشفعة. / ١٧٩ش ١١٧٤

مسألة (٢٨٥) : ليس للشفيع أن يأخذ الشقص من يد البائع بل يجبر المشترى على القبض ثم يأخذ منه. / ١٧٩ش ١١٧٦

* كتاب احيـــاء المـــوات *

مسألة (٢٨٦) : ما باد أهله لا يجوز احياؤه. / ١٧٩ش. ١١٧٩

مسألة (٢٨٧) : يجوز احياء الموات بغير اذن الامام. / ١٧٩ش ١١٨٤

مسألة (٢٨٨) : لا يملك الكافر بالاحياء فى دار الاسلام. / ١٨٠ى ١١٩٢

مسألة (٢٨٩) : ماجاور العامر من الموات ولم يتعلق بمصلحة العامر يجوز احياؤه. / ١٨٠ى ١١٩٨

مسألة (٢٩٠) : حريم البئر ما يحتاج اليه. / ١٨٠ش ١٢٠١

مسألة (٢٩١) : لا يجوز للامام أن يحمى الحشيش فى أرض الموات فى أحد القولين. / ١٨٠ش. ١٢٠٣

مسألة (٢٩٢) : ما ينبت فى أرض الانسان من الحشيش ملك لصاحب الأرض. / ١٨٠ش ١٢٠٨

* كتاب اللقطة *

مسألة (٢٩٣) : لا يجوز التقاط الابل والبقر والطيور . / ١٨٠ ش — ١٢١٢

مسألة (٢٩٤) : يجوز للغنى الانتفاع باللقطة بعد الحول . / ١٨٠ ش — ١٢١٧

مسألة (٢٩٥) : لا يجوز للعبد والفاسق الالتقاط فى أظهر القولين . / ١٨١ ى — ١٢٢٥

مسألة (٢٩٦) : مايطلب فى العادة يجب تعريفه سنة ، ومن أصحابنا من قال : يعرف مازاد على دينار . / ١٨١ ى — ١٢٢٩

مسألة (٢٩٧) : لا تحل لقطة الحرم فى أحد الوجهين . / ١٨١ ى — ١٢٣٢

مسألة (٢٩٨) : اذا لم يشهد على الالتقاط لم يضمن . / ١٨١ ش — ١٢٣٤

مسألة (٢٩٩) : اذا رد اللقطة الى مكانها ضمن . / ١٨١ ش — ١٢٣٨

مسألة (٣٠٠) : اذا وجد لقطة وهو أمين وجب عليه الأخذ فى أحد القولين . / ١٨١ ش — ١٢٤١

مسألة (٣٠١) : اذا عرفها حولا ملك فى أحد الوجهين بغير اختياره وملك بالتملك فى الوجه الآخر . / ١٨١ ش — ١٢٤٣

مسألة (٣٠٢) : لا يستحق الجعل فى رد الآبق من غير شرط . / ١٨١ ش — ١٢٤٥

* كتاب اللقيط *

مسألة (٣٠٣) : لا يصح اسلام الصبى ولا ردته . / ١٨٢ ى — ١٢٥٥

مسألة (٣٠٤) : اذا بلغ اللقيط وذكر أنه كافر أقر عليه . / ١٨٢ ى — ١٢٦٦

مسألة (٣٠٥) : اذا مات اللقيط فادعى نسبه رجل ثبت نسبه . / ١٨٢ ش — ١٢٦٩

مسألة (٣٠٦) : يصح دعوى المرأة للنسب ومن أصحابنا من قال : ان كان لها زوج لم يصح ، ومنهم من قال . لا يصح الا ببينة . / ١٨٢ ش — ١٢٧١

مسألة (٣٠٧) : اذا بلغ اللقيط وباع واشترى ونكح ثم أقر بالرق ثبت الرق وأحكامه فى أحد القولين . / ١٨٢ ش . — ١٢٧٥

* مسائل الوقف *

مسألة (٣٠٨) : يصح الوقف ويزول به الملك . / ١٨٢ ش — ١٢٧٨

مسألة (٣٠٩) : يجوز وقف كل ماله غلة . / ١٨٣ ش . — ١٢٩٦

مسألة (٣١٠) : اذا وقف شيئا وشرط أن ينفق منه على نفسه لم يصح . / ١٨٣ ش — ١٣٠٠

مسألة (٣١١) : اذا وقف مسجدا ثم خرب ما حوله لم يعد الى ملكه / ١٨٣ش ١٣٠٣
مسألة (٣١٢) : اذا وقف على ولده وولد ولده دخل فيه أولاد الابن والبنت.
/ ١٨٣ش. ١٣٠٥

* مسائل الهبة *

مسألة (٣١٣) : يصح هبة المشاع. / ١٨٣ش ١٣٠٨
مسألة (٣١٤) : اذا وهب ولم يأذن في القبض، لم يصح قبضه. / ١٨٤ى ١٣١٣
مسألة (٣١٥) : يجوز للوالد أن يرجع في هبة ولده. / ١٨٤ى ١٣١٦
مسألة (٣١٦) : لا يجوز للأجنبي أن يرجع في هبة الأجنبي. / ١٨٤ش ١٣٢٦
مسألة (٣١٧) : اذا وهب الأدنى من الأعلى وجب العوض في أحد
القولين. / ١٨٤ش ١٣٣١
مسألة (٣١٨) : اذا شرط العوض في الهبة لم تصح الهبة، في أحد
القولين. / ١٨٤ش ١٣٣٣
مسألة (٣١٩) : الرقبى جائزة، وهو أن يقول : جعلت هذه الدار لك فان
مت قبلي رجعت الي، وان مت قبلك بقيت عليك. / ١٨٤ش ١٣٣٥

* كتاب الوصايا *

مسألة (٣٢٠) : تصح وصية المراهق وتدبيره في أحد القولين. / ١٨٥ى ١٣٤٠
مسألة (٣٢١) : تصح الوصية للقاتل في أحد القولين. / ١٨٥ى ١٣٤٤
مسألة (٣٢٢) : اذا وصى لجيرانه دخل فيه من كل جانب أربعون
دارا. / ١٨٥ى ١٣٤٩
مسألة (٣٢٣) : اذا وصى لقبيلة كثيرة، صحت الوصية في أحد الوجهين.
/ ١٨٥ش ١٣٥٢
مسألة (٣٢٤) : اذا وصى للموالي وله موالي من أعلى واسفل صحت الوصية
وتصرف اليهما. / ١٨٥ش. ١٣٥٣
مسألة (٣٢٥) : تصح الوصية للحربي على المنصوص وقال ابن القاص :
لا تصح. / ١٨٥ش ١٣٥٥
مسألة (٣٢٦) : اذا وصى لاقارب فلان، دخل فيه كل من يعرف بقرابته.
/ ١٨٥ش ١٣٥٨

مسألة (٣٢٧) : اذا وصى لا قارب فلان سوى بين القريب والبعيد ٠ / ١٨٦ ش ١٣٦٢

مسألة (٣٢٨) : اذا وصى بسهم من ماله دفع اليه أقل القليل ٠ / ١٨٦ ى ١٣٦٤

مسألة (٣٢٩) : اذ اوصى لرجل بنصف ماله ولآخر بثلثه ولم يجز الورثة قسم الثلث بينهما على التفاضل ٠ / ١٨٦ ى ١٣٦٨

مسألة (٣٣٠) : اذا وصى لرجل بجميع ماله وللآخر بثلث ماله واجاز الورثة قسم على اربعة ٠ / ١٨٦ ى ١٣٧٣

مسألة (٣٣١) : لا يصح الوصيةبما زاد على الثلث فى أحد القولين ٠ / ١٨٦ ش ١٣٧٦

مسألة (٣٣٢) : اذا باع فى مرضه شيئا من الوارث بثمن المثل جاز ٠ / ١٨٦ ش ١٣٧٩

مسألة (٣٣٣) : يملك الموصى له بالقبول فى أحد الأقوال ، وفى الثانى : موقوف فان قبل تبين انه ملك بالموت ، وان رد تبين انه لم يملك ، وفيه قول ثالث : انه يملك بالموت ٠ / ١٨٦ ش ١٣٨١

مسألة (٣٣٤) : اذا مات الموصى له قام وارثه مقامه فى القبول ٠ / ١٨٦ ش ١٣٨٣

مسألة (٣٣٥) : اذا وصى من لا وارث له بجميع ماله ، بطلت الوصية فيما زاد على الثلث ٠ / ١٨٦ ش ١٣٨٦

مسألة (٣٣٦) : اذا وهب ثم وهب أو أعتق ثم أعتق قدم الأولى منهما ٠ / ١٨٧ ى ١٣٩٠

مسألة (٣٣٧) : اذا اعتق ثم حابا قدم العتق ٠ / ١٨٧ ى ١٣٩٣

مسألة (٣٣٨) : اذا وصى بأن اعتق عنه عبد بمائة فنقص الثلث عن المائة اشترى عبد بما يوجد ٠ / ١٨٧ ى ١٣٩٥

مسألة (٣٣٩) : اذا قضى المريض بعض الغرماء لم يكن للباقين محاصته على ظاهر النص ومن أصحابنا من قال : لهم ذلك ٠ / ١٧٨ ى ١٣٩٧

مسألة (٣٤٠) : نفقة العبد الموصى بخدمته على الورثة ، ومن أصحابنا من قال : على الموصى له ٠ / ١٨٧ ش ١٣٩٩

مسألة (٣٤١) : يجوز للموصى لهبالخدمة اجارة العبد ٠ / ١٨٧ ش ١٤٠١

مسألة (٣٤٢) : اذا ركب البحر فتموج وخاف الغرق فوهب أو كان فى الحرب فالتحمت ووهب ، اعتبر ذلك من رأس المال فى أحد القولين ٠ / ١٨٧ ش ١٤٠٤

مسألة (٣٤٣) : اذا اعتقل لسانه فقرئ عليه الوصية ، فأشار ، صحت الوصية ٠ / ١٨٧ ش٠ ١٤٠٦

مسألة (٣٤٤) : لا تصح الوصية الى العبد . / ١٨٧ ش ١٤٠٩
مسألة (٣٤٥) : اذا اوصى الى فاسق لم تصح وصيته . / ١٨٧ ش ١٤١١
مسألة (٣٤٦) : لا يجوز الوصية الى من ينظر فى مال الصغار مع وجود الجد . / ١٨٨ ى ١٤١٣
مسألة (٣٤٧) : اذا اوصى الى رجل فى شئ ، لم يصر وصيا فى غيره . / ١٨٨ ى ١٤١٥
مسألة (٣٤٨) : لا يجوز للوصى أن يوصى الى غيره ، وان قال : جعلت اليك ان توصى ففيه قولان . / ١٨٨ ن . ١٤١٩
مسألة (٣٤٩) : اذا وصى الى نفسين لم يجز لاحدهما أن ينفرد بالتصرف . / ١٨٨ ى ١٤٢١
مسألة (٣٥٠) : لا يجوز للوصى ان يبيع مال الولد الرشيد . / ١٨٨ ى . ١٤٢٤
مسألة (٣٥١) : لا يجوز للوصى أن يشترى مال اليتيم . / ١٨٨ ش . ١٤٢٧
مسألة (٣٥٢) : اذا وصى اليه أن يضع ثلثه حيث شاء لم يجز ان يصرفه الى نفسه . / ١٨٨ ش ١٤٢٩
مسألة (٣٥٣) : اذا ادعى الوصى دفع المال الى الصغير بعد البلوغ لم يقبل منه الا ببينة . / ١٨٨ ش . ١٤٣١

* كتاب العتق *

مسألة (٣٥٤) : اذا اعتق المعسر نصيبه من العبد لم يجب عتق الباقى . / ١٨٨ ش ١٤٣٤
مسألة (٣٥٥) : اذا كان المعتق موسرا قوم عليه نصيب شريكه ، ومتى يعتق ؟ فيه ثلاثة أقوال . . أحدها : فى الحال ، والثانى : بدفع القيمة ، والثالث : موقوف . / ١٨٩ ى . ١٤٤٣
مسألة (٣٥٦) : اذا اعتق ستة اعبد فى مرضه ، لا مال له غيرهم ، ولم يجز الورثة ، جمع العتق فى الثلث بالقرعة . / ١٨٩ ى . ١٤٥٢
مسألة (٣٥٧) : لا يعتق بالقرابة غير الوالدين والمولودين . / ١٨٩ ش . ١٤٦٠
مسألة (٣٥٨) : اذا قال لامته : انت طالق . ونوى العتق ، عتقت . / ١٩٠ ى ١٤٦٨ .
مسألة (٣٥٩) : اذا قال لعبده : لا سلطان لى عليك ، ونوى العتق ، عتق . / ١٩٠ ش . ١٤٧٨

مسألة (٣٦٠) : اذا قال : انت لله .ونوى العتق عتق ٠/ ١٩٠ ش ١٤٨١

مسألة (٣٦١) : اذا قال : وهبت منك نفسك ، أو بعتك ، ولم يقبل ،
لم يعتق ٠/ ١٩٠ ش ١٤٨٢

مسألة (٣٦٢) : اذا قال لعبده وهو أكبر سنا منه : أنت ابنى . لم
يعتق ٠/ ١٩٠ ش. ١٤٨٥

مسألة (٣٦٣) : اذا اعتق احدى الامتين ثم وطئ احداهما ، تعينت الحرية
فى الاخرى فى أحد الوجهين ٠/ ١٩٠ ش. ١٤٨٧

مسألة (٣٦٤) : يصح عتق الحربى لعبده ٠/ ١٩١ ى ١٤٩٢

مسألة (٣٦٥) : اذا قال : ان ولدت ولدا فهو حرّ ، فولدت ولدا ميتا
انحلت الصفة ٠/ ١٩١ ى . ١٤٩٤

مسألة (٣٦٦) : اذا قال لعبده : ان دخلت الدار فانت حر ، ثم باعه ،
ثم اشتراه ودخل الدار لم يعتق ، فى أحد القولين ٠/ ١٩١ ى ١٤٩٧

مسألة (٣٦٧) : اذا قال فى الصحة لعبده : ان دخلت الدار فأنت حرّ ،
فدخل فى المرض ، عتق رأس المال ، فى أصح القولين ٠/ ١٩١ ى ١٤٩٨

مسألة (٣٦٨) : اذا اعتق فى المرض وعليه دين يستغرقه ، رد العتق ٠/ ١٩١ ى ١٥٠١

مسألة (٣٦٩) : ينجر الولاء الى موالى الجد فى اظهر الوجوه ٠/ ١٩١ ش ١٥٠٣

مسألة (٣٧٠) : اذا لحق مولى المسلم بدار الحرب لم يسترق ٠/ ١٩١ ش ١٥٠٧

* مسائل المدبر *

مسألة (٣٧١) : يجوز بيع المدبر ٠/ ١٩١ ش. ١٥٠٩

مسألة (٣٧٢) : المدبرة لا يتبعها ولدها فى أحد القولين ٠/ ١٩٢ ى ١٥٢١

* مسائل الكتابة *

مسألة (٣٧٣) : الكتابة الحالة لا تصح ٠/ ١٩٢ ى ١٥٢٣

مسألة (٣٧٤) : لا يجوز لولى الصغير ان يكاتب عبده ٠/ ١٩٢ ى ١٥٢٣

مسألة (٣٧٥) : اذا قبل العبد الكتابة عن نفسه وعن غائب ، لم يصح عن
الغائب وعن نفسه قولان ٠/ ١٩٢ ى ١٥٣٦

مسألة (٣٧٦) : اذا كاتب عبدين بمال ، لم يصح فى أحد القولين ٠/ ١٩٢ ش ١٥٣٩

مسألة (٣٧٧) : اذا كاتب عبدين ، وقلنا : انه يجوز ، فادى احدهما مايخصه
عتق ٠/ ١٩٢ ش. ١٥٤١

مسألة (٣٧٨) : اذا كاتب عبدين على أن كل واحد منهما ضامن عن الآخر، لم يصح الضمان ٠ / ١٩٢ش ١٠٤٣

مسألة (٣٧٩) : لا يصح الكتابة حتى يقول : ان أديت الىّ كذا فانت حرّ. / ١٩٢ش ١٠٤٥

مسألة (٣٨٠) : لا يجوز أن يكاتب بعض عبد الا أن يكون باقية حرا ٠ / ١٩٢ش ١٠٤٨

مسألة (٣٨١) : لا يجوز شرط الخيار فى الكتابة ٠ / ١٩٢ش ١٠٥١

مسألة (٣٨٢) : يجوز للمكاتب فسخ الكتابة متى شاء ٠ / ١٩٣ى ١٠٥٣

مسألة (٣٨٣) : اذا مات المكاتب انفسخت الكتابة ٠ / ١٩٣ى ١٠٥٨

مسألة (٣٨٤) : اذا زوج ابنته من مكاتبه ثم مات ، انتقل المكاتب الى الورثة فيبطل النكاح ٠ / ١٩٣ى ١٠٦٣

مسألة (٣٨٥) : اذا اشترى المكاتب زوجته انفسخ النكاح ٠ / ١٩٣ش ١٠٦٦

مسألة (٣٨٦) : اذا أبرأ أحد الوارثين المكاتب عن حصته أو اعتق نصيبه، عتق ٠ / ١٩٣ش ١٠٦٩

مسألة (٣٨٧) : اذا أدى المال فى الكتابة الفاسدة الى الوارث ، لم يعتق ٠ / ١٩٣ش ١٠٧١

مسألة (٣٨٨) : اذا كان بين رجلين عبد ، فكاتباه ، لم يجز ان يتفاضلا مع تساوى الملكين ، ولا ان يتساويا مع تفاضل الملكين ٠ / ١٩٣ ١٠٧٤

مسألة (٣٨٩) : اذا كاتباه بما يجوز ، فأدى ما معه الى احدهما باذن شريكه، عتق فى أصح القولين ٠ / ١٩٣ش ١٠٧٦

مسألة (٣٩٠) : الايتاء واجب ٠ / ١٩٣ش ١٠٧٧

مسألة (٣٩١) : اذا صالح المكاتب عن الف مؤجلة ، على خمسمائة معجلة، لم يصح ٠ / ١٩٤ى ١٠٨٥

مسألة (٣٩٢) : اذا اشترى المكاتب من يعتق عليه ، لم يصح الشراء ٠ / ١٩٤ى ١٠٨٧

مسألة (٣٩٣) : اذا وهب المكاتب شيئا باذن المولى ، جاز فى أحد القولين ٠ / ١٩٤ى ١٠٨٩

مسألة (٣٩٤) : اذا كاتب عبدا بغير اذن السيد ، لم يصح ٠ / ١٩٤ى ١٠٩٢

مسألة (٣٩٥) : اذا كاتب عبد مباذن السيد ، فأدى المال اليه ، عتق ، وولاؤه موقوف في أحد القولين على عتق مولاه ، فان عتق فهو له ، وان رق فالولاء لسيد مولاه . ١٩٤ / ١ ش — ١٥٩٥
مسألة (٣٩٦) : لا يجوز للمكاتب تزويج امته بغير اذن السيد . ١٩٤ / ١ ش — ١٥٩٨
مسألة (٣٩٧) : لا يجوز للمكاتب ان يسافر بغير اذن المولى في أحد القولين . ١٩٤ / ١ ش — ١٦٠٠
مسألة (٣٩٨) : اذا اسلم عبد لكافر وكاتبه قبل البيع ، لم يسقط عنه حق الاعتراض في أحد القولين . ١٩٤ / ١ ش — ١٦٠٢
مسألة (٣٩٩) : اذا أقر المكاتب بجناية الخطأ ، لم يلزمه في الحال في أحد القولين . ١٩٤ / ١ ش — ١٦٠٤
مسألة (٤٠٠) : يجب القصاص في قتل عبد المكاتب . ١٩٤ / ١ ش . — ١٦٠٨

* مسائل امهات الأولاد *

مسألة (٤٠١) : اذا استولد امة بالنكاح ، ثم ملكها ، لم تصر أم ولد له . ١٩٥ / ١ ى — ١٦١٢
مسألة (٤٠٢) : اذا استولد جارية ابنه ، لم تصر أم ولد له ، في أحد القولين . ١٩٥ / ١ ى — ١٦١٨
مسألة (٤٠٣) : اذا وطئ جارية ابنه : لزمه المهر . ١٩٥ / ١ ى . — ١٦٢١
مسألة (٤٠٤) : اذا اسلمت أم ولد النصراني لم تعتق . ١٩٥ / ١ ش — ١٦٢٨

نتائج البحث . — ١٦٣٤
ثبت المراجع . — ١٦٣٤
الفهارس : — ١٦٧٥
فهرس الآيات . — ١٦٧٦
فهرس الأحاديث . — ١٦٨٣
فهرس الآثار . — ١٦٩٥
فهرس الأعلام . — ١٦٩٨
فهرس الموضوعات . — ١٧٠١